

Enjeux juridiques de la promotion d'une alimentation saine : messages sanitaires et marketing alimentaire en France

Marine Friant-Perrot

Droit privé, Université de Nantes

En droit français, la promotion de modes de vie sains s'opère par des mécanismes juridiques incitatifs (messages sanitaires, informations nutritionnelles...) visant à guider les choix alimentaires individuels opérés par les consommateurs. « L'on incite plus que l'on commande »⁸⁵, les outils normatifs à l'œuvre ayant pour objectif de favoriser des choix vertueux en informant, en conseillant, en mettant en garde les mangeurs sans pour autant « prescrire » ou « dicter » à chacun ce qu'il convient de manger⁸⁶. Pour préserver la liberté des individus et éviter des dérives hygiénistes (Bourdelaïs, 2001, pp. 5-26 ; Jorland, 2010), la politique de santé publique repose ainsi sur les mécanismes informationnels classiques de nature à permettre au consommateur de faire des choix conformes à ses intérêts.

Pour éviter la promotion de produits défavorables à la santé des personnes, certaines publicités sont interdites ou réglementées (tabac, alcool...) mais ce n'est pas le cas en matière alimentaire dans la mesure où le législateur français considère qu'aucun aliment n'est « mauvais » en soi. Pour autant, les autorités publiques sont conscientes que le marketing favorisant des produits alimentaires peu sains est de nature à créer un environnement obésogène au détriment de la santé des consommateurs. Pour limiter les influences néfastes des messages promotionnels sans pour autant porter atteinte à la liberté d'expression publicitaire, la France a opté pour des mécanismes de droit dit « souple »⁸⁷ en élaborant une « Charte visant à promouvoir une alimentation

85. Sur le recours à une « normativité douce » en matière sanitaire, voir Groulier (2014), p. 107.

86. La libre disposition de soi apparaît difficile à restreindre en l'absence d'atteinte aux droits d'autrui, les dispositifs coercitifs en matière de santé étant plus facilement admissibles pour protéger autrui et n'étant pas conçus pour protéger la personne contre elle-même. Voir Fabre Magnan (2008), p. 3 et Roman (2007), p. 1284.

87. Conseil d'État. Étude annuelle 2013 du Conseil d'État – Le droit souple. La Documentation française, 2013.

et une activité physique favorables à la santé dans les programmes et les publicités diffusés à la télévision » (la Charte)⁸⁸ qui tend à dissuader plus qu'interdire les comportements non diligents des professionnels.

L'équilibre promu entre « liberté » et « santé » est-il pour autant satisfaisant ? Peut-on atténuer la force persuasive du marketing alimentaire par le biais de messages sanitaires ? Ces messages permettent-ils de restaurer la liberté de choix du consommateur et de susciter des résistances aux influences néfastes des messages promotionnels apposés sur les aliments particulièrement gras, sucrés et salés ?

Pour montrer les difficultés qu'il y a à concilier une information objective et une incitation à adopter des comportements vertueux avec des pratiques commerciales (même teintées de responsabilité sociale) qui ont un but promotionnel, notre contribution retracera l'historique des choix normatifs français en les replaçant dans un contexte européen et international. Il s'agira de s'interroger de manière plus générale sur la légitimité de la régulation juridique des modes de consommation alimentaire et sur les moyens employés, en appréciant la pertinence du compromis retenu en France de la coexistence entre « messages sanitaires » et « marketing alimentaire ».

De la légitimité de la régulation juridique des modes de consommation alimentaire : de la santé individuelle à la santé publique

Peut-on protéger la personne contre elle-même ? Liberté individuelle et modes de vie sains

Plusieurs scénarii sont explorés pour améliorer la diète des populations mais aucun ne conduit à prescrire à chacun ce qu'il doit manger. Le choix de son régime alimentaire doit s'inscrire dans un espace de liberté pour que chacun puisse s'alimenter selon ses goûts, ses convictions, sa culture. Au-delà de sa fonction biologique, l'alimentation est avant tout un acte social (Fischler, 2011 ; Bricas et coll., 2013). L'alimentation est le lieu d'interactions sociales

88. Charte visant à promouvoir une alimentation et une activité physique favorables à la santé dans les programmes et les publicités diffusés à la télévision, signée le 18 février 2009 ; <http://www.csa.fr/Espace-juridique/Chartes/Charte-visant-a-promouvoir-une-alimentation-et-une-activite-physique-favorables-a-la-sante-dans-les-programmes-et-les-publicites-diffuses-a-la-television-Fevrier-2009>. Charte révisée le 21 novembre 2013 et applicable au 1^{er} janvier 2014 ;

[http://www.csa.fr/Espace-juridique/Chartes/Charte-visant-a-promouvoir-une-alimentation-et-une-activite-physique-favorables-a-la-sante-dans-les-programmes-et-les-publicites-diffuses-a-la-television-1^{er}-janvier-2014](http://www.csa.fr/Espace-juridique/Chartes/Charte-visant-a-promouvoir-une-alimentation-et-une-activite-physique-favorables-a-la-sante-dans-les-programmes-et-les-publicites-diffuses-a-la-television-1er-janvier-2014).

et il ne faudrait pas bouleverser cette subtile construction qui mêle l'intime et le lien aux autres en imposant une norme alimentaire médicalisée « hors sol » (Mathé, 2012).

Pour autant, faut-il laisser le marché réguler l'offre alimentaire et assister sans intervenir à la mise en place d'un modèle agro-industriel qui valorise les aliments ultra-transformés et prêts à la consommation ayant une densité énergétique élevée sans valeur nutritionnelle, souvent non inscrits dans les cultures alimentaires locales ? Dans ce contexte, les choix alimentaires risquent d'être plus subis que choisis et les conséquences délétères pour la santé des populations sont connues. La mise en cause du système industrialisé dominant dans l'accroissement des pathologies nutritionnelles a été notamment établie dans le cadre des Nations Unies par le rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, Anand Grover qui indiquait en 2014 que « La mondialisation du commerce, l'augmentation de l'investissement étranger direct dans le secteur de l'alimentation et le marketing omniprésent d'aliments mauvais pour la santé ont entraîné une hausse de la consommation de ces aliments, consommation qui a été associée aux maladies non transmissibles liées à l'alimentation » et qui concluait « qu'il est urgent que les États s'attaquent aux changements structurels de l'alimentation, qui portent préjudice à la jouissance par les individus du droit à des aliments adéquats et nourrissants, déterminant sous-jacent du droit à l'alimentation »⁸⁹.

L'équilibre à rechercher entre « liberté » et « santé » est donc difficile à établir et l'intervention des pouvoirs publics est naturellement conditionnée par l'établissement de la nécessité et de la proportionnalité des mesures sanitaires préconisées. Pour rompre avec les excès de l'hygiénisme du XIX^e siècle et ses schèmes paternalistes et moralisateurs, il ne faut pas stigmatiser une consommation alimentaire déviante mais plutôt susciter des résistances au modèle agro-industriel (Foucault, 1975). Si la prise en charge par chacun de sa santé est nécessaire, cela ne saurait suffire. La lutte contre l'obésité n'est pas seulement une question de responsabilité individuelle mais aussi une priorité de santé publique. La dimension collective de l'alimentation justifie donc une intervention publique pour modifier l'environnement alimentaire obésogène (Etiévant et coll., 2010 ; Friant-Perrot et Garde, 2015) et recréer une autonomie (au sens de *capacity* ; Sen, 2010), une capacité du mangeur à formuler des choix conformes à sa santé et à sa culture alimentaire.

89. Rapport du Rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible. Aliments mauvais pour la santé, maladies non transmissibles et droit à la santé, 1^{er} avril 2014, A/HRC/26/31, p. 1.

Doit-on protéger la personne contre elle-même ? Des déterminants individuels aux déterminants environnementaux de la santé

Face à la pandémie d'obésité dans le monde, les appels au droit se multiplient. Les institutions européennes⁹⁰ et internationales invitent les États à adopter des mesures de nature à agir sur les déterminants environnementaux de la santé nutritionnelle⁹¹. Les associations de protection des consommateurs⁹² ainsi que les associations de santé publique⁹³ font entendre leur voix et interpellent les pouvoirs publics en s'appuyant sur des expertises qui mettent en exergue la nécessité de modifier l'environnement alimentaire.

Les revues de littérature et les expertises convergent en effet pour souligner la pertinence d'une régulation des marchés alimentaires. Les externalités négatives du modèle agro-industriel sur la santé sont connues et de nombreuses contributions scientifiques montrent l'influence positive d'un encadrement juridique du marché sur la diète des populations (DeVogli et coll., 2014). Plus finement, ces études montrent que les interventions législatives relatives aux déterminants environnementaux (prix, publicité, produits) sont plus à même d'améliorer la santé de manière équitable pour tous que les interventions relatives aux déterminants individuels (information nutritionnelle...) (White et coll., 2009 ; Mc Gill et coll., 2015). L'objectif est ainsi double : mettre en lumière la nécessité sanitaire d'une régulation des marchés alimentaires par le droit, mais aussi l'importance qu'il y a d'opter pour des outils juridiques de nature à réduire les inégalités de santé.

En se fondant sur ces expertises⁹⁴, l'OMS a intégré la lutte contre les pathologies nutritionnelles comme un objectif de son Plan d'action contre les

90. EU *Action Plan on Childhood Obesity 2014-2020*, 24 février 2014 ; http://ec.europa.eu/health/nutrition_physical_activity/docs/childhoodobesity_actionplan_2014_2020_en.pdf.

91. L'Organisation mondiale de la santé souligne le caractère multifactoriel de l'obésité : génétique, comportement, environnement (OMS. Stratégie mondiale pour l'alimentation, l'exercice physique et la santé. 2004. http://whqlibdoc.who.int/publications/2004/9242592226_fre.pdf) ; voir notamment, les recommandations de l'OMS sur la commercialisation des aliments et des boissons non alcoolisées aux enfants qui ont été approuvées à l'unanimité lors de la 63^e Assemblée mondiale de la santé en mai 2010.

92. Communiqué de l'UFC-Que choisir du 30 juin 2010 (www.quechoisir.org/alimentation/nutrition/communique-publicites-televisees-alimentaires-et-prevention-de-l-obesite-infantile-apres-l-echec-de-la-charte-des-professionnels-7-associations-exigent-des-mesures-legislatives).

93. Communiqué de presse du 6 juillet 2010 de la Société française de santé publique réitérant sa demande de régulation de la publicité aux heures de grande écoute des enfants (www.sfsp.fr/activites/file/CPChartealimentaire.pdf) ; Communiqué de presse du 9 mars 2010 de 22 sociétés médicales d'experts et de spécialistes dont la Société française de santé publique (SFSP) : « Le débat sur la régulation de la publicité aux heures de grande écoute par les enfants doit être réouvert » (<http://sfsp.fr/activites/file/CPpubliciteTVobesite.pdf> ; page consultée le 9 février 2011).

94. Cairns G, Angus K, Hastings G. The extent, nature and effects of food promotion to children : A review of the evidence to December 2008. WHO, 2009 (http://www.who.int/diet_physicalactivity/Evidence_Update_2009.pdf).

maladies non transmissibles pour 2013-2020 en fixant l'objectif pour 2030 de stopper l'augmentation de l'obésité⁹⁵. Parmi les recommandations auxquelles le plan se réfère, figurent celles relatives à la commercialisation des aliments et des boissons non alcoolisées aux enfants adoptées à l'unanimité par l'assemblée mondiale de la santé en mai 2010 qui préconisent un encadrement juridique du marketing pour les aliments non sains⁹⁶. Pour évaluer la pertinence et l'efficacité de l'ensemble des mesures de nature à favoriser l'arrêt de l'augmentation de l'obésité infantile, l'OMS a mis en place une commission (*Commission on Ending Childhood Obesity*) qui a rendu son rapport final début 2016⁹⁷. Dans son rapport, la Commission *ad hoc* souligne que la lutte contre l'obésité nécessite une approche transversale par une prise en considération des impératifs de santé dans toutes les politiques publiques (commerce et industrie, agriculture, transport, communication et médias...)⁹⁸. Parmi les mesures préconisées, elle souligne l'importance des actions tendant à améliorer l'environnement alimentaire en ne limitant pas l'action des États à des mesures d'information et d'éducation nutritionnelle⁹⁹. À cet égard, le volet consacré à la réduction de l'impact du marketing alimentaire sur les enfants est très développé et précise les conditions dans lesquelles une réglementation de la promotion des aliments non sains peut présenter des garanties d'efficacité en limitant à la fois l'exposition et la force des messages promotionnels¹⁰⁰.

On le voit, les impératifs de protection du droit à la santé, et plus particulièrement du droit des enfants de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible, requièrent des mesures d'encadrement des marchés alimentaires et ne se réduisent pas à des mesures incitatives voire coercitives à l'endroit des individus. La situation particulière des enfants, leur vulnérabilité et la limitation de leur autonomie face aux choix alimentaires justifient

Cairns G, Angus K, Hastings G, Caraher M. Systematic reviews of the evidence on the nature, extent and effects of food marketing to children. A retrospective summary. *Appetite* 2013, (62) 209.

95. Résolution OMS, WHA 66.10.

96. Résolution OMS, WHA 63.14.

97. http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/206451/1/9789242510065_fre.pdf.

98. OMS. Rapport de la Commission pour mettre fin à l'obésité de l'enfant, 2016, *op. cit.*, p. XII sur l'action et les responsabilités des États membres (« Coordonner les contributions de l'ensemble des administrations publiques et des institutions responsables des politiques, y compris, mais pas seulement, les secteurs suivants : éducation, alimentation, agriculture, commerce et industrie, développement, finances et administration fiscale, sports et loisirs, communication, aménagement du territoire et urbanisme, transports et affaires sociales, et commerce »).

99. *Op. cit.*, p. VI.

100. Recommandation 1.3 (« La Commission note avec inquiétude que les États Membres n'ont pas accordé l'attention qu'il convient à la résolution WHA63.14, adoptée par l'Assemblée mondiale de la Santé en 2010, et les prie de traiter ce problème. Les parents et les personnes s'occupant d'enfants sont de plus en plus ciblés par la commercialisation d'aliments et de boissons à teneur élevée en graisses et en sucre destinés à leurs enfants »).

l'adoption de mesures qui en réalité ne limitent pas la liberté des personnes mais la restaurent en limitant les externalités négatives du modèle agro-industriel.

Efficacité de la régulation juridique des comportements individuels

Si l'on s'accorde à l'échelle internationale sur la nécessité d'adopter des modes d'alimentation plus sains, il demeure que les choix normatifs pour parvenir à cet objectif sont contraints. En effet, il existe des tensions entre les objectifs liés au marché et ceux relatifs à la santé (McGrady, 2011). Le système libre échangiste de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) préserve la liberté de circulation des aliments non sains « gras, sucrés, salés » au même titre que celle des autres produits alimentaires. Pour préserver leurs intérêts, les professionnels de l'agroalimentaire font valoir leurs libertés économiques pour s'opposer à tout encadrement qu'ils jugent excessif de la commercialisation et de la promotion des aliments. La conciliation entre les règles de libre échange et les impératifs de santé est difficile et la fragmentation entre les systèmes de régulation internationaux amplifie cet obstacle de nature juridique. La doctrine a eu l'occasion de montrer que la marge de manœuvre est étroite car les restrictions des flux commerciaux au nom de la santé publique sont interprétées à travers un prisme commercial qui limite les possibilités aux règles dont il est établi qu'elles sont nécessaires et proportionnées. Une articulation est possible même si l'administration de la preuve par les États réduit leurs possibilités d'action en faveur de la santé publique. Le fardeau est particulièrement lourd lorsqu'il s'agit de prévenir les risques liés à la consommation excessive de certains aliments « non sains » à long terme (Alemanno et Garde, 2013). C'est la raison pour laquelle, la France comme les autres États engagés dans une politique de prévention des pathologies liées à l'alimentation, se montre pour le moins prudente dans le choix des instruments juridiques. Le compromis trouvé entre la préservation des libertés économiques et la protection de la santé fait cohabiter une information objective et une incitation à adopter des comportements vertueux avec des messages promotionnels. Cette cohabitation est de nature à affaiblir la portée des messages sanitaires et à entraîner une confusion entre les messages objectifs des pouvoirs publics relevant de l'ordre public sanitaire et les pratiques commerciales teintées de responsabilité sociale qui demeurent l'expression d'intérêts privés.

Le compromis français : absence d'encadrement du marketing et promotion de modes de vie sains

En l'état actuel du droit français, la régulation juridique des comportements alimentaires est essentiellement fondée sur des mécanismes informationnels. Conformément à la politique européenne de protection des consommateurs, l'accent est mis sur la responsabilisation des consommateurs, acteurs du marché. Partant de l'idée qu'un consommateur informé est un consommateur protégé, le nombre des informations sur les denrées alimentaires s'accroît pour que chacun puisse faire des choix alimentaires éclairés. En matière nutritionnelle, le règlement (UE) n° 1169/2011 relatif à l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires a imposé fin 2016 qu'une déclaration nutritionnelle accompagne les produits pour favoriser une consommation plus saine¹⁰¹.

Pour le reste, l'action publique est limitée. La publicité alimentaire ne subit pas de restrictions autres que celles prévues de manière générale pour sanctionner les pratiques commerciales déloyales. Pour contrebalancer les effets négatifs du marketing, la loi instaure cependant un mécanisme compensatoire conduisant les annonceurs à doubler leurs publicités d'un message sanitaire. Leur participation à la mise en garde contre les comportements alimentaires non sains se prolonge par des engagements unilatéraux inscrits dans une « Charte visant à promouvoir une alimentation et une activité physique favorables à la santé dans les programmes et les publicités diffusés à la télévision ».

L'absence d'encadrement juridique du marketing alimentaire

Depuis la mise en place du Programme national nutrition santé (PNNS) en France en 2001, les pouvoirs publics n'ont pas adopté de mesures de limitation de la publicité alimentaire. Pourtant, des initiatives gouvernementales et parlementaires traduisent une prise de conscience : la nécessité de ne pas se fier à la seule loi du marché pour garantir le bien-être du consommateur. À plusieurs occasions, la menace de légiférer en la matière a conduit les professionnels à adopter des règles de bonne conduite de nature à limiter les effets négatifs du marketing alimentaire. Une première fois en 2004, à l'occasion de la discussion parlementaire relative à la loi de santé publique, de vifs débats ont opposé les tenants de la lutte contre l'obésité et les représentants des médias et de l'industrie agroalimentaire.

101. Règlement (UE) n° 1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires (dit INCO), JOUE L 304, 22.11.2011, pp. 18-63.

Au Sénat en première lecture¹⁰², le projet de loi a été enrichi d'un article additionnel visant à assortir les publicités en faveur des produits alimentaires, diffusées pendant les programmes destinés à la jeunesse, d'une information à caractère sanitaire. À défaut de prodiguer eux-mêmes cette information, les annonceurs se trouvaient dans l'obligation de financer un temps de passage équivalent, sur la même chaîne, pour la diffusion d'un message de prévention. En seconde lecture à l'Assemblée nationale, le texte a été modifié en prévoyant que « la publicité télévisuelle pour des aliments dont la composition nutritionnelle est susceptible de nuire à la santé des enfants ou des adolescents en cas de consommation excessive [devait] financer la réalisation et la diffusion d'un message d'information nutritionnelle ». La nouveauté résidait notamment dans l'introduction de la notion de profils nutritionnels défavorables à la santé. Sans interdire la publicité, le texte a mis en place une compensation financière qui était une reconnaissance implicite de la responsabilité des annonceurs et correspondait à l'application du principe « pollueur/payeur ». Cette position *a minima* soutenue par le gouvernement a fait l'objet de vives critiques de parlementaires favorables à une réduction de la pression publicitaire dans les programmes télévisés pour les enfants¹⁰³. Ainsi, Martine Billard affirmait : « Ainsi, le Gouvernement nous propose-t-il d'obliger l'annonceur d'une publicité susceptible de nuire à la santé des enfants à en financer une autre destinée à la contrecarrer. Cela revient à présenter un argument contre un autre, au risque de considérer que les deux se valent, et en estimant que le public saura s'y retrouver. Ce n'est pas très sérieux ». Par ailleurs, en seconde lecture au Sénat, un choix a été offert aux annonceurs pouvant soit insérer un message à caractère sanitaire dans les spots publicitaires, soit s'acquitter d'une contribution destinée à l'Institut national de prévention et d'éducation pour la santé (Inpes) qui se chargera d'établir et de diffuser les messages sanitaires appropriés. Le Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat¹⁰⁴ explique que « cette mesure repose sur l'idée qu'une information nutritionnelle indépendante du spot publicitaire sera au moins

102. L'amendement initial en première lecture au Sénat était relatif à tous les aliments : Article 14 A (*nouveau*)

« Toute publicité télévisuelle en faveur de produits alimentaires dans des programmes destinés à la jeunesse doit être assortie d'un message de caractère sanitaire rappelant les principes d'éducation diététique – diversité, modération – agréés par l'Institut national d'éducation et de prévention pour la santé ».

À défaut, l'annonceur devra financer un temps de passage équivalent sur la même chaîne et dans les mêmes conditions horaires pour la diffusion d'un message d'information sanitaire sur la nutrition réalisé sous la responsabilité de l'Institut national d'éducation et de prévention pour la santé.

103. Voir Amendement n° 250 présenté en 2^e lecture à l'Assemblée Nationale rejeté le 8 avril 2004. <http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2003-2004/20040191.asp>.

104. Rapport n° 372 (2003-2004) de MM. Francis GIRAUD, Jean-Louis LORRAIN, fait au nom de la Commission des affaires sociales, déposé le 23 juin 2004.

aussi efficace que si elle figure dans le spot lui-même »¹⁰⁵. Les industriels de l'agroalimentaire ont bien perçu les effets négatifs d'un refus d'insérer un message sanitaire dans leurs publicités et ont massivement opté pour cette solution au lieu de s'acquitter d'une contribution destinée à l'Inpes.

La solution finale adoptée lors de l'adoption de la loi de santé publique de 2004 est un compromis codifié à l'article L2133-1 du Code de la santé publique. À défaut de limiter voire d'interdire la publicité, les messages sanitaires visent à compenser les effets négatifs que les messages promotionnels pour des produits alimentaires seraient susceptibles d'entraîner dans les habitudes de consommation des enfants.

Le choix de l'autorégulation « pour promouvoir une alimentation favorable à la santé »

La logique de compensation adoptée en 2004 a été prolongée par l'élaboration de la Charte alimentaire de 2009 révisée en 2013¹⁰⁶.

À la suite de la publication d'études de l'UFC-Que Choisir en 2006 et 2007 sur « l'influence de la publicité télévisée sur les préférences et les comportements alimentaires des enfants »¹⁰⁷, le ministère de la Santé a annoncé le 4 février 2008 le lancement de discussions, associant toutes les parties concernées, visant à supprimer la publicité télévisée pour certains aliments et boissons à destination des enfants. Les diverses réunions organisées au ministère de la Santé ont été boycottées par les représentants des annonceurs et de l'industrie agroalimentaire qui y étaient pourtant conviés officiellement. Seuls sont venus les représentants des médias concernés. La ministre de la santé Roselyne Bachelot désireuse de lutter contre l'obésité infantile a annoncé que « dans un premier temps, (elle allait) faire appel au sens de l'auto-discipline des professionnels » et qu'en cas d'échec d'ici mai 2008, « des mesures législatives d'interdiction seraient proposées ». La menace législative s'est renforcée à l'occasion de l'adoption d'un amendement au projet de loi « Hôpital, santé et territoire » demandant l'encadrement de la publicité alimentaire¹⁰⁸. Les annonceurs et les chaînes de télévision se sont alors engagés dans un processus négocié formalisé par l'élaboration d'une

105. <http://www.senat.fr/rap/103-372/103-3728.html#toc60>.

106. <http://www.csa.fr/Espace-juridique/Chartes/Charte-visitant-a-promouvoir-une-alimentation-et-une-activite-physique-favorables-a-la-sante-dans-les-programmes-et-les-publicites-diffuses-a-la-television-1er-janvier-2014>.

107. UFC-Que Choisir. Étude sur l'influence de la publicité télévisée sur les préférences et les comportements alimentaires des enfants, septembre 2006 et septembre 2007 (www.que-choisir.org/alimentation/nutrition/etude-obesite-infantile-et-publicites-televeees-bilan-2006-2007 ; page consultée le 3 février 2011).

108. Amendement n° 1557 relatif au projet de loi (Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires).

« Charte visant à promouvoir une alimentation et une activité physique favorables à la santé dans les programmes et les publicités diffusés à la télévision ». Alors que l'ANIA (Association nationale des industries alimentaires) avait même proposé de limiter les annonces publicitaires, la Charte est l'expression d'un compromis très favorable aux intérêts économiques des annonceurs et des chaînes de télévision. En raison de l'impact financier qu'une baisse des recettes publicitaires aurait pour l'ensemble du secteur audio-visuel et du caractère plurifactoriel de l'obésité, le gouvernement a renoncé à encadrer la publicité alimentaire pour les aliments nutritionnellement déséquilibrés.

Cette charte signée le 18 février 2009 en présence des pouvoirs publics (ministères de la Santé et de la Culture) et du CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel) par les professionnels des médias de la publicité et de l'industrie agroalimentaire (ANIA) comportait huit engagements permettant de renforcer la démarche « qualité » de la publicité concernant le contenu des publicités alimentaires et de financer des programmes incitant à des comportements alimentaires plus sains. La démarche « qualité » consiste à adopter une démarche responsable en s'interdisant de promouvoir des comportements alimentaires contraires à la santé. L'idée est de ne pas inciter les consommateurs à la surconsommation de produits non sains, ce qui en réalité serait souvent susceptible d'être considéré comme une pratique commerciale déloyale sanctionnée par les articles L.120-1 et suivants du Code de la consommation¹⁰⁹. Par ailleurs, le financement de campagnes de sensibilisation pour promouvoir des modes de vie sains résulte d'une logique compensatoire. Cela participe du concept de responsabilité sociale des entreprises et se fonde sur des mécanismes de réputation (Berns, 2007). Dans le contexte actuel de relations entre l'économique et le politique, l'autorégulation permet aux entreprises d'établir elles-mêmes un mécanisme de compensation permettant de « réinternaliser » les externalités négatives induites par la publicité alimentaire (Friant-Perrot et Garde, 2011). Aucun dispositif coercitif n'est donc prévu, on sanctuarise même le processus de régulation dite « souple » en prévoyant que les engagements sont la « contrepartie du maintien des dispositions législatives et réglementaires relatives à la publicité alimentaire en vigueur au jour de la signature ».

Se pose alors la question de la légitimité du recours à l'autorégulation à un mode de gouvernance qui n'offre pas les garanties de la norme publique

109. Lorsque la cible des publicités sont les enfants, le caractère trompeur de la pratique est analysé en référence au comportement économique d'un consommateur vulnérable (par ex. : « présentation maximaliste du produit » qui serait jugée trompeuse et qui est proscrite dans le cadre de la Charte).

étatique. Les forces du marché sont à l'œuvre pour ancrer dans l'esprit du public que le surpoids et l'obésité sont liés aux conduites des individus et relèvent de la responsabilité individuelle. Les messages de promotion d'une bonne hygiène de vie concentrent l'attention sur l'action des consommateurs sans agir sur l'environnement alimentaire (composition et promotion des produits non sains) qui est pourtant considéré comme un élément déterminant pour lutter contre les pathologies alimentaires. Cette démarche s'inscrit dans un processus plus général tendant à considérer les industriels de l'agro-alimentaire comme « partenaires » plutôt que des « cibles » de l'action publique (Bergeron et coll., 2014). Il s'agit en réalité d'une forme de privatisation consentie de l'action publique, les industriels finançant de manière importante la politique de prévention de l'obésité et du surpoids (voir outre la Charte, les programmes Epode et Vif). On ne se réfère qu'aux indicateurs de performances définis par les professionnels eux-mêmes pour juger de l'efficacité du dispositif, en perdant de vue l'objectif premier des mesures adoptées. Certes, les publicités les plus agressives n'existent plus, le nombre de publicités pendant les programmes enfants a baissé, les campagnes nutritionnelles ont augmenté, mais l'exposition globale des enfants à la publicité pour les produits alimentaires gras, sucrés ou salés a-t-elle diminué ? L'auto-réglementation a-t-elle amélioré la diète des enfants et réduit le surpoids et l'obésité ? Cette approche comptable offre à voir une nouvelle réalité construite par les médias et les industriels de l'agroalimentaire où le consommateur est le principal acteur de sa santé et où l'objectif premier de la réduction de la prévalence du surpoids et de l'obésité est occulté. La charte révisée signée en 2013 ne modifie pas l'économie générale du compromis de 2009. Le nombre de signataires s'est accru et le champ d'application est élargi aux nouveaux modes de diffusion (TV de rattrapage...) mais les mécanismes compensatoires sont toujours privilégiés. Outre l'argument financier lié aux impacts sur le secteur audio-visuel, ce *statu quo* est fondé sur l'argument selon lequel les expériences étrangères de limitation de la publicité « n'étaient pas totalement probantes ». Cet argument est très fréquemment invoqué lors des débats parlementaires sans que l'on se réfère à des études précises. On remarque en outre que l'argument selon lequel la limitation de la publicité dans certains pays (Québec, Suède, Grande-Bretagne...) n'a pas été suivie par une baisse de l'obésité n'est jamais appliqué à l'autorégulation française. Les signataires de la Charte et le CSA soulignent l'augmentation des engagements mais ne s'interrogent jamais sur leurs conséquences en matière de santé publique.

Récemment, la discussion au Sénat, le 21 octobre 2015, de la proposition de loi déposée le 24 juillet 2015 par M. André Gattolin et plusieurs de ses collègues relative à la suppression de la publicité commerciale dans les

programmes jeunesse de la télévision publique, a permis de relancer ce débat¹¹⁰. Le Sénat a finalement opté pour une solution *a minima* en supprimant la publicité (alimentaire ou non) pour les émissions jeunesse de la télévision publique. Ces dispositions confirmées lors d'un vote en première lecture à l'Assemblée nationale le 14 janvier 2016 ne toucheraient qu'une infime partie des enfants en excluant les télévisions privées, les émissions tout public (*prime time access...*) regardées par beaucoup d'enfants, et les autres médias (Internet...). Il est par ailleurs probable que ce texte non soutenu par le gouvernement n'aboutisse pas à l'issue de la navette parlementaire.

En conclusion, à défaut de limiter voire d'interdire la publicité, la Charte d'autorégulation est aussi fondée sur une logique compensatoire de financement de programmes portant sur la bonne alimentation et l'activité physique.

Information et marketing : complémentarité ou concurrence ?

Comme les frontières entre l'information et le marketing sont rendues floues par la législation alimentaire européenne, que la communication promotionnelle est dominante par rapport à l'information sanitaire, on ne peut que souligner les risques de « captation » de l'information par le marketing dans un contexte de partenariat « privé/public » en matière de promotion de la santé nutritionnelle.

Une prédominance du marketing sur l'information

Cette prédominance a été mise en exergue par le rapport Inpes de 2014, qui constate que « Les trois quarts des investissements publicitaires alimentaires (72 %) réalisés sur les écrans télévisés jeunesse, soit 29,7 millions d'euros, portent sur des produits gras, sucrés et/ou salés. En volume de temps, cela représente un total annuel de 88 heures. Les produits alimentaires gras, sucrés, salés sont dominants dans les publicités alimentaires de pratiquement tous les écrans jeunesse et même quasiment exclusifs autour de certaines émissions où plus de 90 % des investissements publicitaires alimentaires portent sur des produits gras, sucrés et/ou salés » (Escalon, 2014). L'impact de cette pression publicitaire sur les préférences alimentaires n'est pas contrebalancé par l'information sanitaire.

Tant au regard de l'exposition que de la force des messages, identifiés par l'OMS comme autant de leviers de promotion des aliments, on constate une

110. Proposition de loi du 24 juillet 2015 relative à la suppression de la publicité commerciale dans les programmes jeunesse de la télévision publique, n° 656.

prédominance du marketing favorable aux produits non sains sur les messages sanitaires qui limite l'effet de compensation instauré par la loi de 2004 et la Charte alimentaire. Du point de vue de l'exposition, la portée du marketing pour les aliments déséquilibrés nutritionnellement est plus importante que celle des messages sanitaires (supports média, public visé, techniques utilisées...). Ainsi le champ d'application de l'article L2133-1 du Code de la santé publique est limité à la promotion des produits à l'exclusion de la promotion des marques. La valorisation de la marque par le biais de techniques marketing comme le parrainage ne donne pas lieu à la diffusion d'un message sanitaire alors même que certaines marques sont associées à des aliments gras, sucrés et salés et que la réputation de la marque est de nature à modifier le comportement économique du consommateur. De même, les programmes éducatifs financés par les industriels de l'agroalimentaire sont diffusés uniquement à la télévision et non sur tous les supports médias et visent uniquement les enfants de moins de 12 ans. Du point de vue de la force persuasive des messages, on constate que les ressorts les plus efficaces du marketing (Escalon, 2014) ne sont pas toujours utilisés dans les messages sanitaires ou les programmes de sensibilisation aux comportements sains. Ainsi, les messages diffusés par l'ANIA dans le cadre de la Charte sont souvent ancrés dans le réel et font peu appel à l'imaginaire des enfants. L'information nutritionnelle *via* les messages sanitaires et l'application de la Charte n'est d'évidence pas en mesure de contrebalancer les nombreuses techniques du marketing dont le pouvoir de persuasion est bien établi, comme par exemple l'utilisation de célébrités, de personnages soumis à des accords de licences, les offres promotionnelles, les allégations nutritionnelles et de santé, ou encore le placement de produits (Chazal, 2014), le parrainage publicitaire ou les jeux promotionnels.

Un chevauchement entre les notions d'information et de pratiques commerciales

La législation alimentaire européenne n'a pas clairement distingué les notions d'information et de pratiques commerciales, voire de publicité, ce qui se traduit par un chevauchement des notions préjudiciable pour la protection des consommateurs.

Dans les textes relatifs à l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires¹¹¹ et sur la lutte contre les pratiques commerciales déloyales¹¹², l'information objective sur les produits est qualifiée d'obligatoire et

111. Règlement INCO précité.

112. Règlement (CE) n° 1924/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires,

correspond aux obligations légales d'information pesant sur les exploitants du secteur agroalimentaire. Cette information obligatoire est distinguée de « l'information volontaire » qui correspond aux pratiques commerciales. La difficulté réside dans le fait que l'emploi du terme « information » même associé au mot « volontaire » masque la nature incitative d'informations qui ne sont délivrées au consommateur par le professionnel que dans la mesure où elles sont de nature à promouvoir ses produits. Par ailleurs, la porosité entre l'information et la publicité est accrue par l'utilisation de la notion d'étiquetage qui vise à la fois le support et le contenu des informations transmises sur les denrées alimentaires. L'étiquetage correspond aux « mentions, indications, marques de fabrique ou de commerce, images ou signes se rapportant à une denrée alimentaire et figurant sur tout emballage, document, écriteau, étiquette, bague ou collerette accompagnant ou se référant à cette denrée alimentaire »¹¹³ sans que les textes distinguent entre le contenu informationnel et le contenu promotionnel¹¹⁴.

Une « captation » de l'information par les pratiques commerciales

En principe, « l'information » relève de l'action de l'État et de l'ordre public sanitaire et « la publicité » est du domaine du secteur privé. Mais dans le contexte décrit précédemment, il existe nécessairement des risques de « captation » de l'information par le marketing dans une situation de partenariat « privé/public » en matière de promotion de la santé nutritionnelle.

Concernant les messages sanitaires apposés accompagnant les publicités dans le cadre de l'article L2133-1 du Code de la santé publique, des études ont pu identifier un risque d'incompréhension voire de confusion avec le message promotionnel¹¹⁵. Les difficultés liées à la perception et à la réception des recommandations sanitaires sont particulièrement marquées chez les personnes en situation de vulnérabilité économique et sociale qui sont les plus affectées par le surpoids et l'obésité.

Concernant les campagnes de sensibilisation initiées dans le cadre des engagements pris par les annonceurs dans la Charte alimentaire, la

JOUE L 404, 30.12.2006, pp. 9-25, et Décision d'exécution de la Commission du 24 janvier 2013 portant adoption d'orientations aux fins de l'application des conditions spécifiques concernant les allégations de santé énoncées à l'article 10 du règlement (CE) n° 1924/2006 du Parlement européen et du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (2013/63/UE), JOUE L 22 du 25.1.2013, pp. 25-28.

113. Art. 2 j/ du Règlement INCO précité.

114. Sur la distinction, Muñoz Ureña (2011) ; sur le risque de chevauchement à propos des allégations de santé, Friant-Perrot (2013).

115. Ministère de la Santé. Nutrition et obésité : Nouvelles mesures pour 2008 et évaluation des messages accompagnant les publicités de l'industrie agroalimentaire, Lundi 4 février 2008 ; <http://www.inpes.sante.fr/70000/dp/08/dp080204.pdf>.

question se pose de la qualification de ces pratiques. Certes, ce n'est pas une publicité, ni une pratique promotionnelle (promotion du produit ou apposition du logo des marques) mais il ne s'agit pas non plus d'une information dont les caractéristiques d'objectivité sont garanties. À cet égard, pour distinguer l'information de la pratique promotionnelle, on peut se référer à un arrêt de la CJUE (Cour de justice de l'Union européenne) du 5 mai 2011, qui propose de « se fonder sur la finalité du message reposant sur un faisceau d'indices. L'intention promotionnelle est décelée à travers l'identité de l'auteur de la publicité, même si celle-ci n'a qu'une valeur d'indice limitée, l'objet et le contenu du message et l'ensemble des destinataires de la publicité et les caractéristiques des médias utilisés »¹¹⁶. À cet égard, si l'objet et le contenu des programmes de sensibilisation diffusés par l'ANIA dans le cadre de la Charte ne sont pas de nature promotionnelle, l'identité de l'auteur des messages, et la qualité des destinataires des messages (consommateurs et non professionnels) ne sont pas des indices caractérisant l'objectivité de la démarche. Il est aussi utile de considérer par analogie ce que l'on considère comme une publicité indirecte en faveur du tabac. Ainsi selon l'article L3511-4 du Code de la santé publique, « est considérée comme propagande ou publicité indirecte une propagande ou publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac ou un produit du tabac lorsque son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou de tout autre signe distinctif, elle rappelle le tabac ou un produit du tabac ». Il ne s'agit pas d'assimiler les produits alimentaires trop gras, sucrés, salés au tabac, mais au plan notionnel, il apparaît qu'une campagne initiée par l'ANIA se réfère nécessairement à une catégorie d'aliments, ceux qui sont issus d'un processus industriel. Si le contenu est vertueux au plan sanitaire, il demeure que l'objectif premier demeure la défense des intérêts économiques des membres. On ne saurait le reprocher aux IAA (industries agroalimentaires) qui occupent ainsi un espace quasiment déserté par la puissance publique, mais cela entraîne une intrusion de considérations commerciales dans le champ de l'information. Misant sur les effets bénéfiques pour eux d'apparaître comme des acteurs sociaux responsables, les industriels de l'agroalimentaire valorisent auprès des consommateurs leur image. Par des mécanismes de réputation, la responsabilité sociale des entreprises (RSE) participe du processus de promotion des institutions. En est pour preuve les actions en justice initiées par des ONG considérant les engagements éthiques ou environnementaux formulés dans

116. CJUE, 5 mai 2011, aff. C-316/09, MSD Sharp & Dhome GmbH c/ Merckle GmbH : Gaz. Pal. 2011, 2, jurispr. p. 3716, note E. Herail.

le cadre de la RSE comme des pratiques commerciales susceptibles d'être qualifiées de trompeuses¹¹⁷.

Conclusion

Quelles que soient leurs vertus, les messages sanitaires et les campagnes d'éducation qui sont réputés compenser les externalités négatives des publicités n'atteignent qu'en partie leur objectif, sachant que leur nature informationnelle n'est pas dénuée de considérations commerciales. Entretenant des liaisons dangereuses, information et publicité sont en concurrence plus qu'elles ne se complètent.

RÉFÉRENCES

Alemanno A, Garde A. Regulating lifestyles in Europe. How to prevent and control non-communicable diseases associated with tobacco, alcohol and unhealthy diets? *Sieps* 2013 ; 7.

Bergeron H, Castel P, Nouguez E. Lutter contre l'obésité en gouvernant les conduites des consommateurs. *IReSP. QSP n° 25*, juin 2014.

Berns T. Si les entreprises ont une âme. In: Berns T, Docquir PF, Frydman B, Hennebel I, Lewkowicz G, eds. *Responsabilités des entreprises et corégulation*. Bruylant, 2007, p. 51 et s.

Bourdelaïs P. Les logiques du développement de l'hygiène publique. In: Bourdelaïs P, ed. *Les hygiénistes. Enjeux, modèles et pratiques*. Belin, 2001 : 5-26.

Bricas N, Lamine C, Casabianca F. Agricultures et alimentations : des relations à repenser ? *Natures Sciences Sociétés* 2013 ; 1 : 66-70.

Cairns G, Angus K, Hastings G. The Extent, Nature and Effects of Food Promotion to Children: A Review of the Evidence to December 2008, WHO, 2009 http://www.who.int/dietphysicalactivity/Evidence_Update_2009.pdf

Cairns G, Angus K, Hastings G, Caraher M. Systematic reviews of the evidence on the nature, extent and effects of food marketing to children. A retrospective summary. *Appetite* 2013 ; 62 : 209.

Chazal C. Placement de produit : présent et avenir. *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2014, 100.

117. Pour la plainte de Sherpa contre Samsung, voir : <http://www.novethic.fr/empreinte-sociale/conditions-de-travail/isr-rse/plainte-contre-samsung-accuse-de-bafouers-engagements-ethiques-en-chine-139325.html>.

DeVogli R, Kouvonen A, Gimeno D. The influence of the market deregulation on Fast food consumption and body mass index : a cross-national time series analysis. *Bull World Health Organ* 2014 ; 92 : 99-107A.

Escalon H. Publicités alimentaires à destination des enfants et des adolescents. Rapport Inpes, 22 mai 2014, 46 p. http://www.inpes.sante.fr/30000/pdf/2015/rapport_Saisine%20Enfants%20-pub.pdf

Etiévant P, Bellisle F, Dallongeville J, et al. *Les comportements alimentaires. Quels sont les déterminants ? Quelles actions, pour quels effets ?* Rapport INRA, juin 2010.

Fabre Magnan M. *Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale.* Recueil Dalloz 2008, p. 3.

Fischler C. Commensality, society and culture. *Social Science Information* 2011 ; 50 : 528-48.

Foucault M. *Surveiller et punir. Naissance de la prison.* Paris : Gallimard, 1975.

Friant-Perrot M. Du bon usage des allégations de santé : commentaire de la décision 2013/63/UE du 24 janvier 2013. *Revue de droit rural*, juin-juillet 2013, p. 19.

Friant-Perrot M, Garde A. La publicité alimentaire et la lutte contre l'obésité infantile en droit français et en droit anglais. In: *Actualités de droit économique : aspects de droit de la concurrence et de la consommation et de droit de l'agroalimentaire*, co-organisé par le Programme Lascaux et l'UMR-Droit et changement social, Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, le 17 septembre 2010, *Petites Affiches*, Numéro spécial, Actes de colloque, 6 octobre 2011, 199, 27-39.

Friant-Perrot M, Garde A. De la limitation du marketing alimentaire pour lutter contre l'obésité infantile. In: *Mondielli E, ed. Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger. Modernité du droit de la santé.* LEH Édition, 2015 : 457-82.

Groulier C. Les recommandations sanitaires entre moralisation et précaution. In: *Groulier C, ed. L'État moralisateur. Regard interdisciplinaire sur les liens contemporains entre la morale et l'action publique.* Mare Martin, 2014, p. 107.

Jorland G. *Une société à soigner. Hygiène et salubrité publiques en France au XIX^e siècle.* Paris : Gallimard, 2010.

Mathé Th. La santé par l'alimentation : le mythe du corps infaillible et de la santé parfaite. In: *Le Bodic C, Hardy AC, eds. Prescrire, proscrire. Enjeux non médicaux dans le champ de la santé.* PUR, 2012, p. 149.

Mc Gill R, Anwar E, Orton S, et al. Are interventions to promote healthy eating equally effective for all? Systematic review of socioeconomic inequalities in impact. *BMC Public Health* 2015 ; 15 : 457.

McGrady B. *Trade and Public Health: The WTO, Tobacco, Alcohol, and Diet.* Cambridge University Press, 2011.

Muñoz Ureña H. *Principe de transparence et information des consommateurs dans la législation alimentaire européenne.* Thèse de doctorat (Université de Nantes), préf. F. Collart Dutilleul, éd. INIDA, juin 2011.

Roman D. *À corps défendant. La protection de l'individu contre lui-même*. Recueil Dalloz, 2007, p. 1284.

Sen A. *L'idée de justice*. Paris : Flammarion, 2010.

White M, Adams J, Heywood P. How and why do interventions that increase health overall widen inequalities within populations? *In*: Babones SJ, ed. *Social inequality and public health*. Bristol: Policy Press, 2009 : 64-81.