



HAL
open science

**”Les contrats relatifs à la publicité “ à deux ””, AJ
Contrat, Dalloz, 2019, n° 12, p. 508**

Nicolas Kilgus

► **To cite this version:**

Nicolas Kilgus. ”Les contrats relatifs à la publicité “ à deux ””, AJ Contrat, Dalloz, 2019, n° 12, p. 508. Actualité juridique Contrats d'affaires : concurrence, distribution, 2019, n° 12, p. 508. halshs-02450829

HAL Id: halshs-02450829

<https://shs.hal.science/halshs-02450829>

Submitted on 12 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les contrats relatifs à la publicité « à deux »

*Nicolas Kilgus,
Professeur à l'Université de Clermont Auvergne
Centre Michel de l'Hospital (CMH EA 4232-UCA)*

Le XXI^e siècle sera sans doute celui de la communication tant elle est désormais omniprésente. Notre connexion aux autres prend des formes tellement variées qu'elle semble ne plus pouvoir s'interrompre : le téléphone (portable, bien sûr, afin de l'emmener partout) ou les SMS (*WhatsApp* pour les modernes) font presque déjà figures d'ancêtres au regard des moyens nouveaux formant ce qu'il convient d'appeler des « réseaux sociaux ». Du réseau à vocation « amicale » (*Facebook*) à celui dont l'objectif professionnel est affiché (*LinkedIn*), en passant par les sites de partage de photographies (*Instagram*), sans compter les applications de communication instantanée, publique (*Twitter*) ou privée (*Messenger*), cette multiplicité peut offrir un sentiment de vertige !

Naturellement, tous ces canaux sont autant d'occasions, pour qui cherche à vanter les mérites d'un produit ou d'un service, de faire de la publicité. Or, de ce point de vue, il faut remarquer que les choses demeurent relativement classiques et que l'évolution s'est davantage faite sur la forme (des supports) que sur le fond (des contrats)¹. L'ancienne publicité peinte à même le mur d'un immeuble, « l'homme sandwich » acceptant de faire de son corps un mur mobile affichant une publicité, les affiches géantes disposées à l'arrière d'un autocar ou sur les murs d'une station de métro, les panneaux lumineux (à LED) dispensant leurs messages ou encore les écrans géants accrochés sur les façades des immeubles présentent juridiquement un point commun : elles mettent en relation deux acteurs, un annonceur, désireux de voir son message diffusé au plus grand nombre, et le titulaire d'un « support », quelle que soit la forme de celui-ci (un mur, un écran, voire une publication).

Le rapport entre annonceur et titulaire du support prend naturellement la forme d'un contrat. Ce dernier peut cependant se révéler complexe quant à sa rédaction, certaines difficultés pouvant surgir. Il est proposé d'en envisager deux, l'exhaustivité ne pouvant être atteinte.

La première concerne naturellement les droits et obligations incombant à chacune des parties : parce que l'annonceur n'a pas toujours lui-même accès au support de la publicité, certains écueils devront être évités. Il faudra par exemple prévoir dans quelle mesure le propriétaire programme son support (s'il est informatique), sa prestation ne se résumant alors pas à simplement « laisser afficher ». En outre, même pour la mise en place d'une simple affiche sur un mur, il faudra prévoir les conditions d'accès au support, son entretien, *etc.* (I).

¹ Un autre sujet réside en revanche dans les relations ainsi nouées entre diffuseurs des publicités et leurs destinataires, impliquant notamment des problématiques de protection des données personnelles (profilage grâce aux données de connexion, achat de données, *etc.*), de vices du consentement (publicité déguisée sous la forme de sites comparatifs) et, peut-être plus largement, de « consentement » à la publicité (courriels indésirables). Ces éléments n'étant pas spécifiques au contrat de publicité en tant que tel, ils ne seront pas traités dans le présent article.

La seconde a trait à la liberté que conserve, ou non, le titulaire du support. Dans le domaine de la presse notamment, une fois le contrat conclu, il n'est pas rare que l'imprimeur ou l'éditeur souhaite modérer les demandes de l'annonceur. Plus généralement, un propriétaire peut souhaiter avoir un droit de regard sur la publicité venant orner le mur de sa maison (II).

I. Des obligations à définir

Le schéma le plus simple réside assurément au niveau d'une mise à disposition d'un support publicitaire. Il s'agit dans ce cas assurément d'un contrat de louage (A). La situation est néanmoins parfois plus complexe et la qualification du contrat interroge (B).

A. *L'hypothèse simple : la mise à disposition d'un espace publicitaire*

Le schéma le plus basique concerne l'hypothèse où l'annonceur est en lien direct avec le titulaire du support, une convention venant formaliser leurs relations. Et la figure est fréquente, presque incontournable, dès lors qu'elle se rencontre également même en présence d'un intermédiaire, *i.e.* une agence de publicité. En effet, depuis la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi Sapin 1, il n'est plus possible à l'intermédiaire d'acquérir par lui-même des espaces publicitaires². Son intervention doit prendre la forme d'un mandat³, annonceur et titulaire du support étant donc toujours en lien direct dans le cadre d'un contrat dont l'objet est la mise à disposition d'un espace publicitaire.

Une précision terminologique s'impose ici. La loi du 29 janvier 1993 qualifie le titulaire du support de « vendeur d'espace publicitaire »⁴. L'annonceur, pour sa part, est donc « acheteur ». Le terme de vente ne doit pas être pris en son sens juridique, soit dans le sens d'un transfert de propriété. Rien n'interdirait naturellement d'imaginer un tel transfert. Dans le cadre d'un démembrement de la propriété, il serait de la sorte loisible de constituer un droit réel *sui generis* ne portant que sur la jouissance de la face d'un mur, ledit droit pouvant être objet d'une cession. De manière similaire, si l'on considère qu'un « espace libre » dans une publication ou sur un site internet constitue un bien incorporel⁵, sa vente peut être envisagée. Toutefois, en pratique, cette acquisition d'espace prendra souvent – tout le moins pour de la publicité sur un support physique – les traits d'un contrat de location : location d'une façade afin d'y apposer une affiche, location d'une part de terrain sur laquelle sera érigé un panneau publicitaire, location d'un emplacement sur du mobilier urbain, *etc.* En matière immobilière, la conclusion d'une convention avec le titulaire du support est de surcroît indispensable, l'article L. 581-24 du Code de l'environnement disposant que « nul ne peut apposer de publicité ni installer une préenseigne sur un immeuble sans l'autorisation écrite du propriétaire »⁶.

S'agissant du contenu du contrat, il convient d'être attentif à certaines dispositions d'ordre public. Le contrat de louage d'emplacement privé aux fins d'apposer de la publicité ou

² Loi n° 93-122 du 29 janv. 1993, art. 20 (ce texte ainsi que tous ceux relatifs aux prestations de publicité n'ont pas été abrogés par la loi dite Sapin 2 (loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016).

³ Cf. l'article de ce dossier sur les contrats « à trois », par Th. de Ravel d'Esclapon.

⁴ Par exemple, les articles 23 et 25.

⁵ Cf. M. Malaurie-Vignal, « L'agence de publicité, l'éditeur et l'imprimeur », *D.* 1993, 215.

⁶ Une telle règle est appliquée largement puisqu'il a été jugé qu'aucun texte n'autorise une commune à mettre en place un dispositif d'illumination d'un bâtiment appartenant à des personnes privées sans obtenir leur accord, même si le bâtiment est classé dans la catégorie des monuments historiques (TA Limoges, 8 avr. 2010, *Consorts Lagrandanne c/ Cne d'Uzerche*, n° 0900041).

d'installer une préenseigne se fait nécessairement par écrit et doit reproduire le contenu des alinéas 1 à 4 de l'article L. 581-25 du Code de l'environnement⁷. Sa durée ne peut excéder six années, même s'il peut ensuite être renouvelé par tacite reconduction, par périodes d'une durée maximale d'un an. Pour éviter la reconduction tacite, l'une des parties devra le dénoncer trois mois au moins avant son expiration⁸. Par ailleurs, rien n'empêche de conclure un nouveau contrat de six ans, à la suite du premier⁹.

Outre ces éléments particuliers, c'est le droit commun du louage qui doit trouver à s'appliquer, même si, là encore, le Code de l'environnement apporte quelques précisions. Le locataire est tenu d'une obligation d'entretien de l'emplacement, étant précisé que « faute d'exécution de cette obligation, et après mise en demeure, le bailleur peut obtenir, à l'expiration d'un délai d'un mois, du juge des référés, à son choix, soit l'exécution des travaux nécessaires, soit la résolution du contrat et la remise des lieux en bon état aux frais du preneur »¹⁰. Il doit également payer son loyer : à défaut, le contrat est résilié de plein droit au bénéfice du bailleur après mise en demeure de payer restée sans effet durant un mois¹¹. Enfin, il lui faut restituer l'emplacement loué à l'expiration du contrat et le remettre dans son état antérieur dans les trois mois suivant cette expiration¹².

Outre ces éléments, et afin de prévenir au mieux le contentieux pouvant survenir entre preneur et bailleur, il ne peut qu'être conseillé de rédiger avec soin les clauses du contrat. L'attention devra tout particulièrement être focalisée sur les modalités d'accès au support, en particulier lorsqu'il se trouve au sein d'une propriété privée, ou encore sur les conditions de « fonctionnement » de la publicité. Si l'affichage est éclairé et se situe à proximité d'un domicile, les heures d'éclairages auront tout intérêt à être négociées entre les parties concernées et précisées dans la convention. Il faudra également envisager la question de l'exclusivité éventuellement consentie à l'annonceur afin d'éviter que des produits ou services concurrents puissent être vantés à quelques mètres d'intervalle¹³. Dans ce cas, il convient cependant que la clause ne soit pas abusive¹⁴. Une telle attention aux détails est d'autant plus nécessaire lorsque le rapport entre titulaire du support et annonceur dépasse l'hypothèse de la location.

B. Les hypothèses complexes : la fourniture de prestations

Il n'est pas rare que la mise à disposition d'un espace publicitaire s'accompagne de l'accomplissement de diverses prestations matérielles¹⁵. Celles-ci peuvent se justifier par diverses raisons.

⁷ Les contrats d'affichage conclus avec une collectivité locale entrent pour leur part dans le champ d'application du Code des marchés publics (CAA Paris, 26 mars 2002, *Sté JC Decaux*, n° 07PA03073).

⁸ C. envir., art. L. 581-25, al. 1^{er}. Il a été jugé que ce texte étant d'ordre public, aucun contrat de louage d'emplacement publicitaire ne peut être conclu pour une durée supérieure à six ans à compter de sa signature. À défaut, la durée plus longue sera réduite (Civ. 1^{re}, 13 nov. 2002, n° 99-21.816).

⁹ Com., 20 mars 2019, n° 17-27.802.

¹⁰ C. envir., art. L. 581-25, al. 2.

¹¹ C. envir., art. L. 581-25, al. 3.

¹² C. envir., art. L. 581-25, al. 4.

¹³ Pour une illustration, cf. Com., 4 juin 1988, *Bull. civ. IV*, n° 198.

¹⁴ À ce propos, cf. L. Arcelin, « Fasc. 308 : Contrats de publicité. – Achat d'espace publicitaire », *J.-Cl. Communication*, 25 mai 2019, n° 21. Cf. également, Comm. clauses abusives, *Recomm. n° 80-01*, 5 févr. 1980.

¹⁵ Cf. Th. Hassler, « Contrats de publicité », *Rép. dr. com. Dalloz*, janv. 2012, n° 152.

Premièrement, elles apparaissent quelques fois comme une plus-value que le titulaire du support entend offrir à l'annonceur. On peut songer à la mise en forme de la publicité, l'impression ou la pose d'affiches. Dans ce cas, l'annonceur se contenterait de communiquer ses désirs quant à la publicité, le reste du processus étant pris en charge par le titulaire du support. À ce propos, il faut apporter une précision : depuis la loi Sapin 1, il n'est en revanche pas possible pour une agence de publicité d'offrir des prestations « clé en mains » où elle se chargerait de rechercher des espaces publicitaires et serait seule contractante avec les propriétaires de ces derniers. Dans ce cas, l'agence ne peut avoir que le rôle de mandataire¹⁶. En revanche, rien n'interdit au propriétaire d'un support d'offrir des prestations annexes à la simple mise à disposition de celui-ci.

Deuxièmement, les prestations offertes peuvent être vectrices de simplification pour l'une ou l'autre partie, voire les deux. Ainsi en serait-il, par exemple, du propriétaire de la façade d'un immeuble dans lequel il vit qui se propose d'entretenir la publicité apposée. De son point de vue, cela lui évitera les interventions de son cocontractant à son domicile. L'annonceur, quant à lui, n'aura pas besoin de multiplier les déplacements, sachant que l'entretien est d'ores et déjà assuré par une personne sur place.

Troisièmement, et la liste ne saurait être exhaustive, l'intervention du titulaire du support est parfois rendue indispensable par des contraintes techniques. Dans le cadre d'une diffusion publicitaire par voie d'affichage lumineux, le propriétaire des écrans dispose d'une compétence (le codage de l'affiche s'agissant de panneaux à LED) que n'a pas nécessairement l'annonceur. De même, pour des annonces par voie de presse ou par insertion sur un site internet, seul le titulaire du support peut assurer les opérations de mise en page, d'impression ou de programmation de la page internet afin que l'affichage envisagé soit correctement réalisé.

De telles hypothèses correspondent davantage à un contrat d'entreprise qu'à un contrat de location : « l'objet du contrat n'est plus la jouissance d'une chose, mais plutôt un travail à effectuer en vue de réaliser une publicité »¹⁷. À ce niveau, il n'existe pas de disposition d'ordre public. Si les contractants sont libres quant à l'élaboration de leur convention, il convient d'être très méticuleux quant à sa rédaction, en particulier lorsque l'intervention envisagée est indispensable pour des raisons techniques. Dans ce dernier cas, en effet, la carence du titulaire du support peut conduire à ce que la publicité ne puisse être diffusée. L'importance de ces stipulations explique certainement que les contrats-type, fréquents dans le domaine de la publicité, envisagent ces points¹⁸.

Il est de la sorte habituel de stipuler, lorsque l'annonceur doit remettre au titulaire du support un certain nombre de documents, les modalités de cette remise. Et le Code des usages de la publicité¹⁹ précise que, si ceux-ci ne lui parviennent pas en temps utile, « le support peut, après mise en demeure restée sans effet, insérer simplement à l'emplacement de cette publicité une formule générale telle que le nom et l'adresse du client ou le nom de la

¹⁶ Loi n° 93-122 du 29 janv. 1993, art. 20.

¹⁷ Ph. Delebecque, « Les contrats relatifs à la publicité, *Sciences humaines* 2015, n° spécial, p. 9. Cf. également, Req., 26 mars 1924, *DH* 1924, 353.

¹⁸ Sur le contenu du contrat-type alors élaboré par la Chambre syndicale française de l'affichage (remplacée, depuis 2000, par l'Union de la publicité extérieure) et évoquant également la portée du contrat et son éventuelle force obligatoire, cf. L. Arcelin, *op. cit.*, n° 19 et 20.

¹⁹ Le code, élaboré par la Fédération nationale de la presse française, a été déposé au Bureau de dépôt des usages professionnels du Tribunal de commerce de Paris le 24 février 1983 (Institut des usages, *Bibliothèque des usages* : <https://bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/code-usages-publicite>).

spécialité ou de la marque, précédée ou non de la mention "emplacement réservé à" »²⁰. Il faut en outre préciser que la jurisprudence considère, en matière de presse écrite, que l'obligation de l'annonceur de payer le prix est acquise dès l'accord entre les parties. Si la signature, par l'annonceur, d'un bon à tirer fait partie des usages²¹, il a été jugé que la signature d'un tel document n'est pas nécessaire à matérialiser son accord, dès lors que le contrat ne prévoyait pas cette exigence²². En d'autres termes, une fois le consentement des parties acquis, le titulaire du support doit satisfaire à ses obligations et peut réclamer le paiement du prix dès lors qu'il réserve, après mise en demeure, l'encart prévu et indique l'identité du bénéficiaire de l'espace.

En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de ses obligations, le titulaire du support engage, pour sa part, sa responsabilité. Il convient cependant de préciser que l'obligation en cause est uniquement de moyen : le propriétaire du support ne saurait être tenu par une quelconque obligation de garantie de réussite de la campagne publicitaire de l'acheteur²³.

L'appréciation de sa faute sera fonction des circonstances et des stipulations contractuelles, d'où le soin qu'il est nécessaire de leur consacrer. Il a notamment été jugé « qu'en éditant la publicité demandée avec des indications fantaisistes ou erronées, ce [que la société] reconnaît en invoquant le temps insuffisant dont elle avait disposé et sans établir que les erreurs étaient imputables au fait d'un tiers, la société X. avait commis une faute »²⁴. Concernant la réparation du préjudice, à défaut de preuve du lien de causalité entre la faute du support et la baisse alléguée du chiffre d'affaires de l'annonceur, celui-ci ne serait admis qu'à réclamer l'indemnisation de sa perte d'une chance de voir sa clientèle se stabiliser ou croître²⁵. Cette exécution défectueuse des ordres peut également être de nature à dispenser l'annonceur du paiement, ce que peut prévoir le contrat lui-même²⁶. Le Code des usages de la publicité prévoyait quant à lui la réfaction du prix des annonces défectueuses ou manquantes²⁷. Plus largement, toutes clauses prévoyant les modalités de cette responsabilité, voire venant la limiter, sous réserve d'être abusives, pourront être envisagées par les parties²⁸.

Si le soin apporté à la rédaction du contrat de mise à disposition d'un espace publicitaire est primordial quant à la définition des obligations respectives des parties, en particulier lorsque le contrat de location se double d'un contrat d'entreprise, cette attention est également essentielle s'agissant de la marge de manœuvre que doit – ou veut – conserver le titulaire du support afin de rester « maître » de la publicité qu'il diffuse.

II. Une liberté à prévoir

Le propriétaire du support venant accueillir la publicité peut, une fois le contrat conclu, vouloir garder une certaine maîtrise quant à sa diffusion. Cette volonté peut se justifier tant

²⁰ Cité par Th. Hassler, *op. cit.*, n° 154.

²¹ J.-J. Biolay, « Fasc. 4030 : Contrats de publicité : Achat d'espace publicitaire », *J.-Cl. Contrats – Distribution*, nov. 2013, n° 24.

²² Considérant que la signature du mandataire suffisait, cf. Com., 25 févr. 1992, n° 90-17.039.

²³ CA Paris, 5^e ch. sect. A, 9 févr. 1993, *JurisData* n° 1993-022479. Cf. également, J.-J. Biolay, *op. cit.*, n° 53 et les références citées.

²⁴ Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, n° 89-17.445.

²⁵ Cf. Th. Hassler, *op. cit.*, n° 159 et les références citées.

²⁶ Le juge n'est alors pas habilité à exclure ou à tempérer les effets de cette sanction lorsqu'elle est prévue au contrat (CA Paris, 5^e ch., sect. C, 2 juill. 1992, n° 91/942).

²⁷ Art. 9, cité par J.-J. Biolay, *op. cit.*, n° 54.

²⁸ *Ibid.*, n° 57 et 58.

par le souhait d'un certain droit de regard quant aux contenus diffusés (A) que par des contraintes techniques qui lui seraient inhérentes (B).

A. *Un droit de regard*

Il est aisé d'imaginer que les liens entre annonceur et propriétaire du support aient vocation à durer. Celui qui souhaite diffuser « sa publicité » ne va pas nécessairement le faire de manière occasionnelle. Voilà donc que, semaine après semaine, un encart sera consacré au produit en question dans un journal. Et voilà que le mur publicitaire recevra, chaque mois, une nouvelle affiche vantant les mérites de l'objet à mettre en avant. Il n'en demeure pas moins que le propriétaire du support peut souhaiter conserver un droit de regard sur le contenu des annonces publicitaires. L'enjeu prend tout son sens, en particulier dans le domaine de la presse : la liberté éditoriale peut conduire à s'opposer, indirectement ou directement, à certaines annonces.

De manière indirecte, le problème a pu se poser du point de vue de l'obligation de loyauté du titulaire du support : peut-il à la fois accepter une publicité – et être payé en conséquence – et publier un article critiquant le produit visé ? Un juge de première instance avait considéré en ce sens que « la loyauté commerciale veut qu'un journal vérifie avant publication la compatibilité entre une publicité et tel ou tel article devant figurer dans un numéro donné, et qu'à défaut, il renonce à l'une ou à l'autre »²⁹. Le raisonnement a toutefois été censuré au motif que la vente d'espaces publicitaires n'était pas de nature à réduire la liberté éditoriale du support. Partant, l'annonceur ne saurait refuser de payer le prix relatif aux insertions publicitaires au motif que, dans le même numéro, un article était consacré à la même thématique et que ledit article ne visait pas les produits de l'annonceur, « sauf à attenter gravement au principe de la liberté de la presse, en limitant le droit de critique et de libre expression des journalistes »³⁰. Là encore, le rôle du rédacteur du contrat publicitaire sera donc essentiel. Si l'annonceur souhaite que le titulaire du support voit sa liberté limitée quant aux articles qu'il publie, voire quant aux autres publicités qu'il accepte de diffuser, il convient de le prévoir contractuellement, sous réserve de ne pas créer de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties³¹.

De manière directe, le titulaire du support peut plus radicalement souhaiter s'opposer à la diffusion d'une publicité. Dans cette hypothèse, le droit français lui est relativement favorable, la Cour de cassation faisant ici prévaloir le principe de la liberté de la presse. Elle énonce en ce sens que « les dispositions de la loi du 29 juillet 1881, en ce qu'elles posent le principe de la liberté de la presse et celui de la responsabilité pénale du directeur de la publication d'un journal ou écrit périodique, quelle que soit la nature de l'article publié, ont pour effet de légitimer au regard de l'article 37.1.a. de l'ordonnance du 30 juin 1945 un refus d'insertion même non motivé, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la demande d'insertion porte ou non sur une annonce à caractère publicitaire »³². La logique se veut simple : dès lors que la loi de 1881 sur la presse rend pénalement responsable le directeur de publication, celui-ci doit demeurer libre quant au contenu du journal³³. Ainsi, a pu être jugée

²⁹ T. com. Nanterre, 8^e ch., 25 sept. 1996, *Légipresse* 1998, III, 59.

³⁰ CA Versailles, 12^e ch., 7 oct. 1999, *Gaz. Pal.* 2000, 1, 1327 ; *D. Cah. dr. aff.* 2000, 125, obs. E. Petit ; CA Versailles, 7 oct. 1999, *Gaz. Pal.* 1, 2000, 1327, note H. Vray ; *Légipresse* 2000, III, 97, note E. Derieux.

³¹ C. com., art. L. 442-6, I, 2^o.

³² Crim., 3 oct. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, I, 24, note J.-P. Doucet ; *D.* 1985, 216, obs. Ch. Gavalda ; Crim., 24 janv. 1984, *D.* 1984, 284.

³³ Cf. Th. Hassler, *op. cit.*, n^o 156.

légitime la clause insérée dans les conditions de vente d'une société d'affichage selon laquelle l'afficheur se réserve le droit de refuser les publicités ayant fait l'objet d'un avis défavorable du Bureau de Vérification de la Publicité. De même, était également légitime le refus de faire paraître des annonces publicitaires à connotation politique³⁴. Surtout, la décision du titulaire du support n'a pas à être motivée.

Ce droit de regard ne saurait néanmoins être absolu. Il ne peut légitimer des comportements répréhensibles. Le Conseil de la concurrence a pu souligner que les entreprises de presse n'échappent pas au droit de la concurrence, lequel sanctionne le refus de vente³⁵. Dans le même sens, la Cour de cassation juge que le refus de publier une annonce ne peut fonder « une discrimination constitutive d'un abus dans l'exercice de la faculté de refuser de publier des textes en cours d'exécution du contrat de publicité »³⁶. En l'espèce, le journal refusait une diffusion à une société, tout en accueillant les annonces d'autres mandataires européens concurrents. De manière similaire, la liberté du directeur de publication ne peut servir de prétexte au rejet d'une demande de droit de réponse, laquelle ne revêt aucun caractère publicitaire³⁷. En cas de refus infondé, les tribunaux appliquent la théorie de l'abus de droit, la victime se voyant alors allouer des dommages et intérêts³⁸. Le droit de regard du diffuseur, s'il est réel, ne saurait dégénérer. Un équilibre similaire doit également être trouvé s'agissant des contraintes techniques que celui-ci peut être amené à rencontrer.

B. Des contraintes techniques

Il convient de rappeler que l'obligation de l'annonceur n'est que de moyen : il n'est pas tenu de la réussite de la campagne de publicité, mais uniquement de respecter ses engagements. La formalisation de ses derniers et le soin apporté à la rédaction des clauses du contrat sont donc essentiels. Plus la précision sera de mise, moins le contentieux verra le jour ! Il faudra notamment être attentif aux modalités de diffusion et d'insertion de la publicité : préciser la taille des annonces (pleine page, demi page, *etc.*), les éléments de valorisation (couleur ou noir & blanc), leur emplacement (première page, pages centrales, haut de page, pages impaires, *etc.*) et bien évidemment la fréquence de la diffusion³⁹.

Nonobstant ces précisions, il est important de conserver une certaine souplesse. L'hypothèse de contraintes techniques peut se rencontrer, essentiellement en matière de presse. Comme le remarque un auteur, « la page de journal [est] assimilée à un mur que l'imprimeur ou l'éditeur louerait à un annonceur »⁴⁰. La mise en page d'un journal soulève pourtant davantage de difficultés que l'apposition d'un panneau publicitaire sur un mur ! Deux difficultés peuvent être observées.

D'une part, en matière de presse écrite, la diffusion n'est pas instantanée et suppose un travail de mise en page : même si l'annonceur fournit une annonce « finie », il faudra l'insérer à un endroit donné et prendre en considération la taille de tous les éléments pour éviter la perte d'espace ou des défauts visuels (page à moitié vide ou bien morceau d'article coupé du fait des marges de la publication). En matière de télécommunication, modifier la durée d'une

³⁴ Cf. J.-J. Biolay, *op. cit.*, n° 34 et les références citées.

³⁵ Cons. conc., 28 nov. 1990, *Rapp.* 1990, 160. Cf. également, CA Paris, 16 janv. 1991, *Gaz. Pal.* 1991, 1, 197 ; Com., 12 juill. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 306 ; *JCP G* 1994, II, 22199, note J.-C. Serna.

³⁶ Com., 3 avr. 2002, n° 97-16.007.

³⁷ Civ. 2^e, 27 janv. 1993, n° 91-15.158.

³⁸ Cf. notamment, CA Versailles, 12^e ch., 1^{re} sect., 21 janv. 1999, *Légipresse* 2000, III, 110.

³⁹ L. Arcelin, *op. cit.*, n° 27.

⁴⁰ Ph. Delebecque, *op. cit.*, p. 10.

publicité conduit également à devoir repenser toute une programmation. Ces démarches imposent le respect de certains délais. En ce sens, la jurisprudence considère que, si une modification des ordres peut toujours être sollicitée⁴¹, celle-ci doit être demandée en temps utile. Et les magistrats apprécient les responsabilités respectives de chacun en cas de modification tardive, évoquant, par exemple, le fait qu'une « rectification de la composition de l'affiche publicitaire demandée » était « aisément réalisable » et qu'elle « n'entraînait pas une modification proprement dite de celle-ci »⁴². À nouveau, il convient d'être attentif aux stipulations contractuelles à ce propos.

D'autre part, et de manière plus radicale, le titulaire du support peut souhaiter pouvoir moduler les espaces publicitaires, en particulier pour éviter que le journal ne comporte pas une page supplémentaire en raison d'un seul encart. Il est donc important, en pratique, que le titulaire du support « se réserve toujours le droit de refuser des annonces [parce que] la place lui fait défaut »⁴³. Cette liberté contractuelle ne doit cependant pas être trop importante, à défaut de quoi la stipulation litigieuse pourrait être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, voire l'article 1171 du Code civil en présence d'une clause non négociable d'un contrat d'adhésion et déterminée à l'avance par l'une des parties. Si notre siècle est celui de la communication, il fait également la part belle à la protection des parties faibles en matière contractuelle.

⁴¹ J.-J. Biolay, *op. cit.*, n° 55.

⁴² Com., 23 févr. 1988, n° 86-14.853.

⁴³ Ph. Delebecque, *op. et loc. cit.*