



HAL
open science

À la recherche de la neutralité commerciale

Christophe Roux

► **To cite this version:**

Christophe Roux. À la recherche de la neutralité commerciale. Droit administratif, 2018, 4, pp.45-45. hal-01903245

HAL Id: hal-01903245

<https://hal.science/hal-01903245v1>

Submitted on 24 Mar 2024

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.

À la recherche de la « neutralité commerciale »

Focus par Christophe ROUX professeur de droit public - université Lumière – Lyon 2

Dr. adm. 2018, alerte 45.

Connues de tous, marquées par leur immutabilité, à raison de leur faculté de résilience sans précédent, les lois du service public systématisées par Louis Rolland constituent l'un des lieux communs dans l'étude du droit administratif. « *Reste-t-il alors quelque chose à écrire qui puisse vaguement prétendre à un semblant d'originalité ? [...] Sur ces dernières, [...], les meilleurs auteurs semblent en effet avoir tout dit ou presque en ce qui concerne leur valeur, leur contenu, leurs incidences, leurs transformations ou encore leur spécificité* » (F. Melleray, *Retour sur les lois de Rolland*, in *Mél. Jean-François Lachaume : Dalloz*, 2007, p. 709). La mise en garde est limpide et, sauf à confesser un goût prononcé pour les défis et/ou à se lancer dans des projections doctrinales exotiques, il y aurait quelque témérité à tenter d'infirmer un tel constat. De fait, la thématique regorge d'études ; on frôlerait même parfois l'overdose, comme s'agissant du principe de neutralité dont les incidences apparaissent aujourd'hui bien circonscrites. À vrai dire, le nombre des occurrences qui lui sont consacrées autant que son instrumentalisation parfois excessive, aboutissent paradoxalement à ce que la neutralité demeure, encore aujourd'hui, « *le plus mal connu, parce que le plus difficile à cerner* » (F. Llorens, *note sur CE, 8 nov. 1985, Rudent : RDP 1086, p. 244*) des principes du service public. On s'excusera dès lors d'entretenir cette éventuelle confusion en livrant au lecteur, de manière brute, l'interrogation suivante : les personnes publiques sont-elles tenues au respect d'un principe de « neutralité commerciale », lequel (distingué de la neutralité « économique » ou « concurrentielle ») aurait vocation à endiguer toute forme de publicité commerciale de la sphère publique ?

Omniprésence publicitaire. – L'interrogation naît, comme souvent, de l'observation pragmatique de son inexistence a priori. Qu'on en juge. Au sujet des biens publics, cela fait longtemps que la publicité a colonisé le mobilier urbain dont on pourra admettre, au gré des inventifs montages contractuels concessifs, qu'il en est devenu le support naturel. On ne compte plus les bâches publicitaires recouvrant les bâtiments publics en phase de rénovation, y compris les monuments historiques, au gré de quelques salvatrices dispositions (*C. patr., art. L. 621-29-8. – V. P. Noual, Affichage publicitaire sur les monuments historiques : principes et pratique : Juris art, 2017, n° 42, p. 38*) : à Paris, la Bastille, l'Hôtel de la Monnaie – qui n'a jamais aussi bien porté son nom – ou l'Église Saint-Augustin ont déjà eu le droit à cette « mise en valeur ». On connaissait encore la publicité sur l'eau mais aussi dans les airs ou par laser... voilà que, récemment, les publicitaires seraient revenus à des considérations plus terre à terre, comme en témoigne le décret portant expérimentation de marquages sur les trottoirs à des fins publicitaires (*D. n° 2017-1743, 22 déc. 2017 : JO 24 déc. 2017, texte n° 5 ; JCP A 2018, 2036, note Ph. Billet ; Contrats-Marchés-publ. 2018, comm. 22, note G. Clamour*). « *Propre dans son procédé, mais sale dans sa finalité* » pour reprendre le slogan d'associations anticonsuméristes, l'expérimentation est en train, fort heureusement, de tourner court (*A. 8 janv. 2018 : JO 9 janv. 2018, texte n° 4*). À ce patchwork aux couleurs souvent criardes, on ajoutera, enfin, les quelques contrats de nommage portant sur des équipements publics (Altrad Stadium à Montpellier, Skoda Arena à Morzine ou AccorHotels Arena à Paris... *V. S. Brameret, Les contrats de nommage des équipements publics : RFD A 2015, p. 671*) dont on pourra se satisfaire au moins qu'ils connaissent, dans l'hexagone, un succès plus confidentiel qu'à l'étranger.

La situation est-elle plus enviable s'agissant des services publics ? Pas franchement. Pour s'en tenir au seul domaine de l'enseignement on mentionnera, entre autres pratiques, la distribution de kits pédagogiques à visée publicitaire, les opérations de sponsoring diverses et variées ou encore la présence de distributeurs de billets ou de café agrémentés d'affichages lumineux...quand ce n'est pas l'enseignant qui se travestit en VRP du libraire jouxtant le lycée. Autant d'illustrations tendant à démontrer que si, autrefois, l'on avait peur que l'Administration reste « sourde » aux « exigences de rentabilité » (M. Long, *La modernisation de l'Administration* : RRJ, 1990-1, p. 53), celle-ci n'a en revanche, visiblement, jamais craint de nous rendre aveugle. À ce que d'aucuns jugent, dès lors, comme une agression, une pollution visuelle subie par des usagers captifs et à laquelle les personnes publiques apportent leur concours, il nous faut déterminer si un principe de neutralité commerciale ne pourrait pas venir utilement contenir l'envahissement de ce que l'on dénomme parfois, précisément, « *la communication du parti pris* » (B. Cathelat, *Publicité et société* : Payot, 2001, p. 50).

Caractère résiduel et sectoriel du principe de neutralité commerciale . – Au niveau du droit positif, la pêche n'est certes pas miraculeuse et il s'en faudrait de beaucoup pour que les marchands frémissent de quitter les temples publics ; pour autant, le principe de neutralité commerciale n'est pas inconnu. Interrogé sur la faculté de faire figurer de la publicité au sein des bulletins officiels ministériels, le Conseil d'État devait retenir que, « [...], *l'insertion de messages publicitaires est incompatible avec la nature même du service public de l'information dont les bulletins officiels des ministères sont l'instrument [...]* » (CE, avis, 19 nov. 1987, n° 342940 : GACE, Dalloz, 2e éd., 2002, p. 199, note F. Rolin). Transversale quant à sa portée selon nous, l'affirmation n'en a pas moins reçu qu'une application sectorielle, puisque c'est seulement au sein du service public de l'éducation que le principe a trouvé à s'épanouir.

Une série de circulaires (V. Circ. n° 2001-053, 28 mars 2001 : BOEN 5 avr. 2001, n° 14. – Circ. n° 2003-091, 5 juin 2003 : BOEN 12 juin 2003, n° 24. – Circ. n° 2013-083, 29 mai 2013 : BOEN 30 mai 2013, n° 22) a en effet entendu limiter les adhérences entre l'enseignement et la présence commerciale. Le caractère répétitif de ces dernières autorise à la brièveté (G. Papin, *L'exercice de la neutralité commerciale dans le domaine scolaire* : LIJ, 2011, n° 152, p. 23) : il ne saurait, d'abord, être « toléré que les maîtres et élèves servent directement ou indirectement à quelque publicité commerciale que ce soit » (V. CE, 8 mars 2002, n° 216851, Ville Angers : JurisData n° 2002-063692). De même, les établissements ne doivent pas encourager le démarchage au domicile des élèves via la distribution de questionnaires ; les distributeurs de boissons ou d'alimentation (disparus depuis lors : L. n° 2004-806, 9 août 2004, art. 30 : JO 11 août 2004, p. 14277) doivent être exemptés d'affichages publicitaires ; les listes de fournitures ne doivent pas faire référence à des marques ; la plus grande vigilance doit être de mise par ailleurs quant à l'utilisation des logiciels ou programmes informatiques distribués par des sociétés. Enfin, si les partenariats avec des entreprises sont tolérés, c'est à la stricte condition qu'ils s'insèrent dans un projet pédagogique, l'activité envisagée devant, par ailleurs, constituer le complément ou le prolongement du service public de l'éducation. Autant dire que, pas plus qu'ailleurs, la neutralité commerciale ne reçoit d'application absolue ; la rare jurisprudence sur la question – que l'on doit essentiellement à un requérant tenace – le démontre à l'envi, les contestations juridictionnelles sur ce point essuyant davantage d'échecs que de succès (TA Caen, 30 nov. 1993, n° 91696, Ponthus. – CE, 26 mai 1997, n° 171500, Ponthus. – CE, 6 nov. 2002, n° 234271, Molinier : JurisData n° 2002-064576 ; Lebon, p. 370. – TA Caen, 7 juin 2005, n° 0402190, Ponthus). Pour le reste, à notre connaissance, nulle trace d'application en dehors du domaine de l'enseignement, démontrant en creux combien le principe

de neutralité commerciale se révèle faiblement susceptible de contingenter la présence commerciale dans la sphère publique.

Renforçant l'idée selon laquelle, par-delà leur unité, les lois du service public font l'objet d'une sectorisation très nette quant à leurs implications et leur intensité, selon les services, les agents ou les usagers concernés (*V. Donier, Les lois du service public : entre tradition et modernité : RFDA 2006, p. 1219. – D. Truchet, Unité et diversité des « grands principes » du service public : AJDA 1997, p. 38, n° spécial*), la place marginale accordée à la neutralité commerciale tranche en tout cas singulièrement avec les formulations froides, globalisantes et potentiellement évasées retenues parfois, le Conseil constitutionnel évoquant rien de moins que « le principe de neutralité de l'État » (*Cons. const., 21 févr. 2013, n° 2012-297 QPC : JurisData n° 2013-002804*). Il n'y a probablement pas lieu de s'en étonner : l'élévation du principe de neutralité s'est opérée soit au prisme du principe de laïcité, soit au regard du principe d'égalité, lequel se comprend comme impliquant l'absence de discriminations entre les usagers en fonction de leurs opinions (*lato sensu*). Or, avec ces ascendances, il n'est pas surprenant que la neutralité commerciale peine à émerger, la présence publicitaire dans la sphère publique n'entraînant aucun caractère discriminatoire vis-à-vis des usagers. Le ver était, de toute façon, originellement dans le fruit. Par son avis de 1987 (*préc.*), le Conseil d'État devait concéder que « l'insertion de messages publicitaires n'est légale que lorsqu'elle peut être regardée comme répondant à un intérêt public ou comme le complément ou le prolongement de l'activité de service public, qui est ici aussi l'information des fonctionnaires et des administrés ». On aura reconnu sans peine une transposition de la jurisprudence relative à la licéité de l'interventionnisme économique des personnes publiques (*CE, 18 déc. 1959, n° 22536, Delansorne*). Utilisation, pour les besoins de la cause, qui n'en demeure pas moins critiquable. On voit mal en quoi ces critères, normalement instrumentalisés pour justifier la prise en charge d'activités économiques par les personnes publiques, pourraient justifier le développement de l'activité publicitaire dans la sphère publique... celle-ci n'étant pas le fait des personnes publiques (sauf à évoquer l'offre « d'espaces » publicitaires) mais des opérateurs privés (devenus alors, sans doute, des collaborateurs – régulièrement – occasionnels du service public). Quoi qu'on en pense, en convoquant l'intérêt financier de l'Administration et même l'idée selon laquelle la publicité est une composante de la liberté d'expression (*C. envir., art. L. 581-1*), la solution ne pouvait qu'aboutir à réduire la neutralité commerciale à peau de chagrin. La clientélisation du droit des usagers du service public y trouvait un parangon ; la valorisation du domaine public quant à elle, constituait un terreau suffisamment fertile pour que les partenariats publicitaires public-privé fleurissent.

Nécessité du principe de neutralité commerciale . – Ces constats opérés, est-il pour autant nécessaire de promouvoir la généralisation d'un tel principe ? L'on avouera quelques réserves et même quelques scrupules après avoir régulièrement pointé l'ardent impératif de valorisation économique et concurrentielle du domaine public ; il y aurait encore quelques contradictions à prôner l'élévation du principe de neutralité commerciale là où, dans ces mêmes colonnes, l'on a pu plaider pour une application bien plus raisonnée et raisonnable du principe de neutralité (religieuse) dans l'espace public (*La laïcité à la carte : Dr. adm. 2017, alerte 51*). En tentant de nous accommoder de ces contrariétés internes (*P. Desproges : « J'essaie de ne pas vivre en contradiction avec les idées que je ne défends pas »*), la nécessité de soutenir un tel principe peut se mesurer au regard des mécanismes alternatifs qui seraient susceptibles d'endiguer l'expansion de la présence commerciale. Or, ces derniers se révèlent bien lâches.

Côté service public, il sera sans doute possible de mettre en avant les devoirs de neutralité et de réserve de l'agent public, suffisamment souples pour accueillir ce versant. Il serait encore envisageable d'évoquer la prohibition du « pantouflage » ou des conflits d'intérêts lesquels, a priori, tempèrent les liaisons dangereuses en ce domaine. Mais, s'agissant du « service » en tant que tel, l'on voit mal quels principes viendraient juguler « l'économie de l'attention » (M. Crawford, *The world beyond your head : Farran Strauss & Giroux*, 2015), surtout si, avec le Conseil d'État, l'on y perçoit à la fois son prolongement et un moyen de financement sans pareil. Du côté du droit domanial, le constat semble tout aussi décevant : certes, l'on pourrait faire valoir l'obligation pesant sur les gestionnaires de faire respecter « les usages conformes à la destination du domaine que le public est normalement en droit d'y exercer » (CE, 3 mai 1963, n° 54724, Cne Saint-Brévin-les-Pins). La sujétion n'en reste pas moins relative : le maître du domaine dispose en réalité d'un quasi-pouvoir discrétionnaire pour admettre la compatibilité de l'occupation publicitaire. L'imagination sans borne des publicitaires contraint à toujours la relativiser davantage : ainsi du marquage publicitaire sur les trottoirs lequel, en plus d'enrichir la typologie des occupations privatives (A.-L. Girard, *La typologie des utilisations du domaine public*, in *L'utilisation du domaine public*, faculté de droit de Poitiers, 2017, p. 5) tout en questionnant les césures du droit positif (permission de voirie ? de stationnement ?), n'emporte aucune modification de l'assiette domaniale altérant la marche en avant des passants. Les prescriptions du Code de l'environnement, autant que les considérations esthétiques n'ont encore jamais convaincu les chercheurs – et les lecteurs – les plus aguerris quant à leur efficacité sur la question (M. Moritz, *Les communes et la publicité commerciale extérieure : Institut Varenne*, 2010. – R. Gontard, *La publicité extérieure et le droit : LGDJ*, 1999). Les plaidoyers en faveur de la consécration d'un « bel ordre » (J. Morand-Deville, *Droit administratif : LGDJ-Lextenso*, 2015, p. 211) n'ont, de fait, pas encore reçu l'écho espéré, et l'on pourra aussi, plus globalement, pointer du doigt la difficulté récurrente à penser la gestion du domaine public comme un « commun » où la place de l'usager serait sensiblement réévaluée. Reste enfin à noter que la promesse d'une bonne affaire publicitaire n'est pas toujours tenue : ainsi des contrats de nommages d'équipements publics dont le bénéfice financier serait le plus souvent capté par les opérateurs privés (S. Brameret, *Le naming « à la française » : AJDA 2016*, p. 1537) ; idem s'agissant de la publicité extérieure, le Code général des collectivités territoriales ouvrant de nombreuses dérogations, en prohibant parfois que redevance d'occupation domaniale et taxe sur la publicité extérieure fassent doublon (CGCT, art. L. 2333-7).

Alors, en rappelant que, étymologiquement, la neutralité renvoie à l'abstention et donc à la renonciation, si l'on admet qu'elle est « porteuse d'éducation à la liberté » (Ch. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques : Dalloz*, 2e éd., 2014, § 24.132) ou, encore, que le patrimoine (public) se reconnaît précisément « au fait que sa perte constitue un sacrifice et que sa conservation suppose un sacrifice » (A. Chastel, J.-P. Babelon, *La notion de patrimoine : Liane Levi*, 2008, p. 100) – y compris financier –, on espérera avoir apporté quelques éléments quant à la pertinence de soutenir le principe de neutralité commerciale. Les sceptiques se réfugieront derrière Blaise Cendrars et la liaison entre publicité et cinquième art : « La publicité est la fleur de la vie contemporaine ; elle est une affirmation d'optimisme et de gaieté ; elle distrait l'œil et l'esprit » (*Publicité = Poésie, Aujourd'hui*, 26 févr. 1927). Pas certain qu'Hegel aurait été convaincu (*Leçons sur l'esthétique*, 1835-8)...

Christophe Roux

Professeur de droit public

Université Lumière – Lyon 2