

Les services de médias audiovisuels et la directive relative aux pratiques commerciales déloyales

par Jan Kabel

EDITORIAL

Les services de médias audiovisuels sont-ils totalement imperméables aux principes généraux du droit ? Cet article d'IRIS *plus* révèle la position, qui n'est pas complètement uniforme, d'un domaine du droit qui, de prime abord, semblerait être totalement soumis à la réglementation liée à la technologie. Le placement de produits, le parrainage et la publicité clandestine font non seulement l'objet d'une législation spécifique relative aux médias, mais sont également soumis aux principes généraux applicables au domaine des pratiques commerciales déloyales, qui protègent les intérêts des consommateurs.

Ces intérêts n'ont pas encore été pris en considération lors des débats portant sur la nouvelle Directive sur les services de médias audiovisuels. Les intérêts des consommateurs occuperont néanmoins une place importante dans la législation relative aux services de médias audiovisuels. Cet IRIS *plus* en explique l'étendue et le pourquoi. Il informe aussi le lecteur du lien entre les principes généraux du droit et la législation spécifique relative aux médias.

Strasbourg, août 2008

Susanne Nikoltchev

Coordinatrice IRIS

Responsable du département Informations juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel

IRIS *plus* est un supplément à IRIS, *Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, Edition 2008-8



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19
<http://www.obs.coe.int>
e-mail: obs@obs.coe.int



Les services de médias audiovisuels et la directive relative aux pratiques commerciales déloyales

Jan Kabel

Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

1. Introduction

1.1. Les intérêts des consommateurs et la Directive TVSF

Les considérants de la première Directive « Télévision sans frontières » (Directive TVSF) justifiaient le système d'une harmonisation minimale, en estimant notamment, qu'afin de protéger pleinement et efficacement les intérêts des consommateurs en leur qualité de téléspectateurs d'émissions radiodiffusées, les Etats membres devaient conserver le droit d'imposer des règles plus strictes que celle définies par la Directive¹. Dans les travaux préparatoires de la Directive TVSF, au cours des années quatre-vingt, les intérêts des consommateurs en leur qualité de téléspectateurs occupaient en effet une place considérable. Les débats portaient, entre autres, sur les répercussions pour les consommateurs de la publicité télévisuelle transfrontière et sur le temps de radiodiffusion accordé à la publicité. Le Bureau européen des Unions de consommateurs (BEUC) souhaitait, par exemple, inclure le téléachat dans le calcul du temps de diffusion publicitaire maximal autorisé, afin de protéger les consommateurs contre un excès de publicité télévisuelle. En outre, la *Consumentenbond*, association néerlandaise des consommateurs a proposé que les téléspectateurs ne soient pas tenus de s'acquitter d'une redevance pour des émissions de service public qu'ils n'ont pas demandées².

La question plus fondamentale de l'applicabilité du droit de la consommation aux médias n'a pas été soulevée au cours des débats. Toute tentative de réponse à cette question se serait cependant soldée rapidement par un échec. Il faudrait, par exemple, chercher à appliquer au secteur de la télévision les cinq droits fondamentaux, bien établis, des consommateurs énoncés par le Programme préliminaire du Conseil de la Communauté économique européenne de 1975³. Si des droits tels que le droit à la protection des intérêts économiques, le droit à la réparation des dommages ou le droit à la représentation sont systématiquement invoqués, ils sont incompatibles avec le droit à la liberté d'expression. Doit-il exister, par exemple, une compensation financière si une série télévisée ne répond pas aux attentes raisonnables du consommateur moyen ? Une majorité de téléspectateurs doit-elle définir le choix des sujets des actualités ? La réponse à ces questions devrait invariablement être négative.

Etrangement, le seul droit fondamental du consommateur qui transparaît de manière significative dans ce contexte, n'apparaît pas comme un droit distinct dans la liste énumérée par le Conseil. En 1962, le Président américain John F. Kennedy avait prononcé un discours devant le Congrès des Etats-Unis, dans lequel il prônait quatre droits fondamentaux des consommateurs, qualifié par la suite de *Déclaration des droits des consommateurs*. Il a notamment évoqué le droit à choisir librement parmi l'offre des produits. En vertu de ce droit, les consommateurs devraient disposer de diverses options proposées par différentes sociétés, parmi lesquelles faire leur choix. Le consommateur doit en effet, sur cette base, avoir la possibilité de choisir parmi différents types de médias. Ce droit est cependant déjà garanti par un élément de taille de la liberté d'expression, à savoir l'obligation faite au gouvernement en vertu de ce droit, de garantir le principe de pluralisme, surtout en matière de médias audiovisuels, dans la mesure où leurs émissions sont souvent très largement diffusées⁴. En dehors de ces discussions initiales, les droits fondamentaux des consommateurs ont été peu évoqués pour la radiodiffusion télévisuelle.

1.2. Les intérêts des consommateurs et la Directive SMAV

La Directive sur les services de médias audiovisuels (ci-après Directive SMAV)⁵ non seulement poursuit la régulation des émissions télévisuelles, mais étend également son champ d'application aux services non linéaires comme la vidéo à la demande et la catch-up TV (système par lequel les chaînes de télévision mettent à disposition certains de leurs programmes, en particulier des épisodes de série, durant quelques jours après leur diffusion à l'antenne). Le principal argument en faveur de l'inclusion des services non linéaires est le suivant : « [L]es entreprises

européennes de services de médias audiovisuels sont confrontées à une situation d'insécurité juridique et d'inégalité de traitement pour ce qui est du cadre juridique régissant les nouveaux services à la demande [...] »⁶.

Cet argument n'est guère convaincant. Il est plus que probable que l'insécurité juridique et l'inégalité de la concurrence persisteront. Citons-en quelques raisons. Selon l'article 3, alinéa 1, de la Directive SMAV, les Etats membres doivent être libres d'exiger que les fournisseurs de services de médias, qui relèvent de leur compétence, se conforment à des règles plus strictes que celles prévues par la directive. Cette harmonisation minimale peut bien entendu conduire à une concurrence inégale entre les fournisseurs nationaux et les fournisseurs provenant d'autres Etats membres et qui exercent leur activité sur un marché audiovisuel national. Cela a été le cas, par exemple aux Pays-Bas, de la chaîne RTL : établie au Luxembourg, elle exerce son activité sur le marché néerlandais tout en bénéficiant du régime libéral luxembourgeois, et fait concurrence aux radiodiffuseurs néerlandais soumis à un régime beaucoup plus strict en matière de placement de produits, de parrainage et de types de publicités autres que les spots publicitaires. En outre, en vertu du régime prévu par l'article 3, alinéas 2 à 5, les Etats membres peuvent adopter des mesures de lutte contre le contournement de la législation nationale. Il ne facilite pas l'adoption de telles mesures ; néanmoins, l'existence de cette possibilité amoindrit la sécurité juridique. Un troisième argument peut être avancé dans la mesure où la directive ouvre spécifiquement la voie à l'autorégulation dans son article 3(e), alinéa 2. Compte tenu des diverses formes d'autorégulation déjà en vigueur dans les Etats membres de l'UE, il ne serait guère surprenant que cette situation ne garantisse pas un niveau élevé de sécurité juridique pour les dispositions applicables à la publicité, au placement de produit et au parrainage. Enfin, pour ce qui est de certaines dispositions très spécifiques, la directive prévoit la faculté d'interdire, par exemple, la diffusion d'un logo de parrainage au cours des émissions destinées aux enfants ou des documentaires et le placement de produits, que la directive autorise par ailleurs. Les Etats membres peuvent également dispenser, sous certaines conditions, de l'obligation de fournir des informations en cas de placement de produits. Au vu de tous ces éléments, il est plus que probable que l'insécurité juridique et l'inégalité de la concurrence persisteront. Une telle situation pourrait être préjudiciable aux intérêts des fournisseurs de services de médias audiovisuels. Il convient néanmoins de rappeler le principal argument en faveur d'une harmonisation minimale au titre de la Directive TVSF, mentionné au début de cet article : une harmonisation minimale se justifie notamment par la nécessité de protéger les intérêts des consommateurs en leur qualité de téléspectateurs d'émissions radiodiffusées.

La Directive SMAV n'apporte aucune précision supplémentaire en ce qui concerne les intérêts des consommateurs. A l'heure actuelle, les organisations de protection des consommateurs s'expriment par ailleurs assez peu sur le sujet. Ce silence est surprenant : on aurait pu s'attendre à une réaction de leur part, dans la mesure où, au cours des années quatre-vingt, une grande partie des éléments jugés prioritaires pour les consommateurs, comme la durée du temps publicitaire et la réglementation applicable aux pauses publicitaires, a disparu au profit des intérêts commerciaux. En effet, la Directive SMAV ne contrebalance en rien la libéralisation de la réglementation qui régit les pauses publicitaires et la distinction désormais floue entre les émissions et les publicités, du fait de l'introduction du placement de produits.

La littérature spécialisée porte cependant une plus grande attention à cette situation. Le débat antérieur sur les droits des consommateurs au regard de la Directive TVSF est à présent ouvert au vu des options de visionnage qui sont proposées par les services (à la demande) non linéaires. Le consommateur de médias occupe à nouveau le devant de la scène, mais de manière plus active cette fois. Wilhelmsson a procédé à un exercice, certes dans le cadre de la presse écrite, dans lequel les dispositions relatives aux achats des consommateurs ou à la responsabilité attachée aux produits sont appliquées à l'acquisition d'information pro-



posée dans un quotidien ou un magazine⁷. Il justifie cette approche en soulignant qu'en raison des évolutions de la société de consommation moderne, un quotidien est considéré comme un produit commercial et une émission télévisée comme un service commercial. Il imagine, par exemple, ce qu'un consommateur est en droit d'exiger en matière de qualité de contenu d'un quotidien au regard du droit de la consommation. Sa conclusion, cependant, ne dépasse guère l'examen d'une question par ailleurs digne d'intérêt : la publicité en faveur des médias devrait-elle être conforme à l'éventail des médias et la liberté d'expression fait-elle obstacle à toute constatation de publicité trompeuse en faveur des magazines et des quotidiens ?

Helberger fait une analyse intéressante. Elle considère que les téléspectateurs autrefois passifs se sont émancipés en devenant des consommateurs actifs, c'est-à-dire des téléspectateurs formés aux médias, et tente de tirer des conclusions au sujet de la nature du droit des médias⁸. Les droits fondamentaux des consommateurs, cette fois encore comme par le passé, ne sont pas traités de manière structurée. Ce point de vue n'a pour l'instant eu aucun effet juridique concret. Le ton a toutefois été donné : le consommateur de médias mérite une place au regard du droit. Il convient que la réglementation ne soit plus mise en place sans tenir compte de cette situation. Le point de vue de Helberger est étroitement lié aux progrès techniques, qui permettent de rendre disponible à la demande un contenu audiovisuel. Le téléspectateur passif se transforme en un acheteur actif de services et se comporte ainsi davantage en consommateur, c'est-à-dire que l'achat de services médiatiques pourrait être considéré en partie comme une transaction économique⁹, dans le cadre de laquelle le droit en vigueur de la consommation est applicable.

2. La protection des téléspectateurs contre les pratiques commerciales déloyales : Directive relative aux pratiques commerciales déloyales (ci-après Directive UCP)

La récente Directive UCP porte sur les transactions commerciales du consommateur¹⁰. Adoptée en 2005, il s'agit d'une directive-cadre générale qui vise à protéger le consommateur contre les pratiques commerciales trompeuses et agressives employées dans les transactions commerciales. Elle corrobore l'idée qu'il convient que le législateur devrait veiller à ce qu'une information complète et exacte soit fournie avant, pendant et après une décision d'achat de la part d'un consommateur, ce qui permettrait ainsi, en principe, de garantir suffisamment les intérêts du consommateur. Pour ce faire, la directive prévoit un système qui interdit la diffusion d'une information inexacte et incomplète au motif qu'il s'agit d'une information trompeuse. Deuxièmement, les professionnels sont tenus de fournir les informations essentielles au consommateur. Enfin, elle lutte contre les situations susceptibles de porter atteinte à la liberté de choix ou de conduite d'un consommateur moyen à l'égard d'un produit.

Aucune de ces dispositions n'est en soi surprenante, mais il est inattendu de voir, pour la première fois, définies et codifiées les notions juridiques appliquées, comme les « pratiques commerciales agressives » et « trompeuses ». Par conséquent, nous disposons à présent d'un instrument qui peut être employé d'une manière très générale et qui permet une approche juridique et concrète de certaines évolutions du secteur des médias audiovisuels, évoquées précédemment.

2.1. Historique de la Directive UCP

Depuis les années soixante, on débat à l'échelon européen de la nécessité de codifier et d'harmoniser la législation relative à la concurrence déloyale de manière à permettre la prise en compte de l'ensemble des intérêts en jeu. Il est cependant clair qu'il est impossible de concilier, dans ce cas de figure, les intérêts des consommateurs et ceux des professionnels concurrents ou l'intérêt général. Le consommateur peut en fait tirer profit des graves actes de concurrence déloyale auxquels se livrent les professionnels concurrents (dumping, « copies » bon marché, imitations de grandes marques) ; il arrive que les intérêts des consommateurs ne jouent pas le moindre rôle dans certaines formes de concurrence déloyale (publicité comparative au détriment d'un concurrent, corruption du personnel de concurrents, publicité qui profite indûment de la réputation de concurrents auprès du public). En outre, les différences d'approche peuvent se révéler être un obstacle à l'harmonisation de dispositions de fond.

Les tentatives faites, surtout en Allemagne, pour respecter la législation relative à la concurrence déloyale en dépit de ces situations, en harmonisant les intérêts des consommateurs et des professionnels concurrents, ainsi que l'intérêt général¹¹, n'ont pas réussi à réaliser une harmonisation européenne du droit applicable à la concurrence déloyale. Cette harmonisation a uniquement rencontré un certain succès pour deux pratiques commerciales déloyales : la publicité trompeuse et la publicité comparative déloyale. La publicité trompeuse fait l'objet de la Directive relative à la publicité trompeuse de 1984¹². Cette dernière ne crée cependant aucun domaine harmonisé et laisse aux Etats membres une grande latitude dans le choix de leur propre régime applicable à la publicité trompeuse. Le terme « trompeuse » n'est pas défini, tandis que les Etats membres peuvent imposer une réglementation plus stricte que celle que prévoit la directive ; cette réglementation est applicable non seulement à leurs propres sujets, mais également à la publicité diffusée par les annonceurs étrangers, dans la mesure où la directive ne comporte aucune « clause de marché intérieur ». La directive a été modifiée en 1997 par de nouvelles dispositions relatives à la publicité comparative¹³. Cette modification visait à autoriser la publicité comparative en Europe grâce à l'harmonisation complète des dispositions en vigueur. Par conséquent, et conformément à l'article 7, alinéa 2 de la directive modifiée, les Etats membres ne peuvent imposer une réglementation plus stricte en matière de publicité comparative.

2.2. La portée de la directive en matière de services de médias

Aucune autre évolution, en dehors de celles mentionnées précédemment, ne s'est produite. Il semblerait, pour l'heure, que la Commission ait décidé d'abandonner la voie vers une harmonisation complète de la législation relative à la concurrence déloyale et opte uniquement pour l'harmonisation de certains domaines du droit, à savoir, la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales ; politiquement moins sensible, ce point recueillerait plus facilement le soutien des Etats membres.

L'exigence de la protection du consommateur contre les pratiques commerciales qui restreignent de manière significative sa capacité à prendre, en toute connaissance de cause, une décision relative à une transaction commerciale figure au cœur de la Directive UCP. La Commission a recensé un bon nombre de divergences sur ce point dans les diverses législations des Etats membres¹⁴ et les a considérées comme un motif d'intervention. Le considérant 6 précise cependant que la directive « [...] ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels ». Les Etats membres conservent dans ces cas de figure, leur propre compétence, tout en tenant compte bien sûr, de la législation communautaire.

De même, la Directive UCP n'est pas applicable aux dispositions relatives à la publicité trompeuse destinée aux professionnels, ni à la publicité comparative. Ces pratiques commerciales restent régies par la Directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative. Afin de préciser que cette dernière se limite à présent aux situations de concurrence déloyale dont sont victimes les professionnels et non les consommateurs, elle a depuis été modifiée en une directive qui est uniquement applicable aux rapports entre professionnels¹⁵.

Le terme « professionnel » est défini à l'article 2, alinéa (b) de la Directive UCP comme : « toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales [...] agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel »¹⁶ et peut de ce fait englober les plateformes qui fournissent des services de médias audiovisuels aux annonceurs audiovisuels. Parmi les situations pertinentes pour l'applicabilité de la Directive UCP aux combinaisons qui concernent les professionnels et non les consommateurs, figureraient probablement le fait de discréditer des concurrents par la publicité, l'exploitation déloyale de la réputation d'un concurrent, les imitations qui n'entretiennent pas de confusion dans l'esprit du consommateur ou qui ne l'induisent pas en erreur, ainsi que toute les autres formes de pratiques qui ne permettent pas d'affirmer que la capacité du consommateur à prendre une décision en toute connaissance de cause au sujet d'une transaction commerciale a été considérablement restreinte.

Laissons à présent de côté la problématique des pratiques commerciales déloyales qui existent entre les professionnels. La définition du terme « professionnel » est néanmoins importante, puisqu'elle est, bien entendu, également applicable aux pratiques commerciales déloyales des professionnels à l'encontre de consommateurs.



3. La protection contre les pratiques trompeuses lors de la présentation de communications commerciales audiovisuelles

3.1. Le rapport entre la Directive SMAV et la Directive UCP

Ces deux directives sont destinées à protéger les consommateurs contre les pratiques commerciales trompeuses. Cet objectif est principalement visé dans la Directive SMAV par la distinction qu'elle établit entre contenu commercial et éditorial, et par l'imposition de l'obligation d'informer le consommateur du parrainage des émissions et du placement de produits. La Directive UCP poursuit également ce but, puisqu'elle vise à protéger les consommateurs contre les pratiques commerciales trompeuses (et agressives). Elle a ainsi mis en place une codification détaillée du terme « trompeuse », ainsi qu'une liste noire des pratiques qui sont par définition trompeuses.

S'agissant du rapport entre les deux directives, le considérant 56 de la Directive SMAV prévoit que les activités qui entrent dans le champ d'application du texte ne relèvent pas de la Directive UCP. Ces activités comprennent la présentation de la publicité, à savoir le parrainage, la publicité clandestine, le placement de produits, les pauses publicitaires diffusées au cours des émissions et la durée du temps publicitaire. Trois raisons altèrent cependant sérieusement le sens de ce considérant.

Il nous faut tout d'abord faire une distinction entre les activités d'un fournisseur de services de médias audiovisuels et les activités d'un annonceur, auquel la Directive UCP pourrait néanmoins être applicable. La position du fournisseur de services de médias audiovisuels est soumise, en cas de message commercial particulier, à la Directive SMAV et à la Directive UCP, dans la mesure où le fournisseur agit pour le compte de l'annonceur, puisque comme nous venons de l'expliquer, la définition de « professionnel » donnée par la Directive UCP englobe toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel. Cette définition pourrait évidemment comprendre un fournisseur de services de médias audiovisuels, le service en question étant dans ce cas une communication commerciale audiovisuelle. L'annonceur est uniquement soumis aux dispositions prévues par la Directive UCP. En cas d'infraction aux dispositions relatives, par exemple, au placement de produits, la responsabilité du fournisseur de services audiovisuels peut ainsi être engagée au titre des dispositions de la Directive SMAV et de la Directive UCP. Cette double responsabilité signifie par ailleurs, en principe, que des systèmes de garantie distincts pourraient s'appliquer.

En deuxième point, le considérant 18 de la Directive UCP corrobore expressément la définition du terme « consommateur moyen », retenue par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Gut Springenheide*¹⁷, comme critère permettant aux tribunaux de statuer sur l'existence d'une pratique commerciale trompeuse. Ce consommateur théorique est défini comme « normalement informé, attentif et avisé ». Cette définition soulève la question de savoir si ce consommateur doit également être le critère d'interprétation des dispositions de la Directive SMAV au regard de l'interdiction ou de la restriction de la présentation d'une communication commerciale, comme l'interdiction de la publicité clandestine ou les restrictions imposées au parrainage et au placement de produits.

Troisièmement, la Directive UCP codifie pour la première fois les effets des pratiques commerciales déloyales comme une condition d'interdiction pertinente du point de vue judiciaire. L'article 5, alinéa 2 (b), de la Directive UCP prévoit qu'une pratique commerciale est déloyale si « elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse ». En ce qui concerne les pratiques commerciales trompeuses, cette distorsion est davantage définie à l'article 6, alinéa 1 de la Directive UCP comme une pratique « qui l'amène ou est susceptible de l'amener (c'est-à-dire le consommateur) à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

Ces deux éléments (le critère de « consommateur moyen » et les effets des pratiques commerciales, envisagés comme un facteur déterminant de l'interdiction de ces pratiques) sont pertinents sur le plan communautaire pour l'explication du terme « trompeuse », qui est tout aussi déterminant pour la mise en application de la Directive SMAV et qui, en vue d'harmoniser le droit communautaire, devrait de préférence ne pas être interprété différemment pour chaque type de médias. Il semble raisonnable de vérifier si ce que nous venons de dire est réellement exact.

3.2. Le consommateur moyen et le téléspectateur formé aux médias

Comme nous l'avons indiqué précédemment, la notion de consommateur moyen a été créée par la Cour de justice des Communautés européennes et adoptée par la Commission européenne. Le considérant 18 de la Directive UCP précise : « Il convient de protéger tous les consommateurs des pratiques commerciales déloyales. La Cour de justice a toutefois estimé nécessaire, lorsqu'elle a statué sur des affaires de publicité depuis la transposition de la Directive 84/450/CEE, d'examiner leurs effets pour un consommateur typique fictif. Conformément au principe de proportionnalité, et en vue de permettre l'application effective des protections qui en relèvent, la présente directive prend comme critère d'évaluation le consommateur moyen qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé [...] ».

Cela signifie plus simplement que si nous désirons créer un marché intérieur en Europe, nous n'avons pas de temps à perdre avec des consommateurs ignorants qui s'attendent à ce qu'un pot de beurre de cacahuète ait le même goût que celui provenant des autres fabricants. En d'autres termes, légiférer sur une recette, c'est-à-dire réglementer à l'échelon européen en dictant la manière dont doit être fabriqué le beurre de cacahuète, réglementations sanitaires et de sécurité mises à part, est totalement inacceptable. Toute personne peut fabriquer son propre beurre de cacahuète et le commercialiser au niveau international, à condition qu'il spécifie les ingrédients utilisés. Cela signifie cependant que l'on suppose automatiquement que le consommateur lira les ingrédients qui entrent dans la composition, c'est-à-dire qu'il agira en consommateur informé, attentif et avisé. Cette idée de consommateur théorique, jugée essentielle au bon fonctionnement du marché, est à présent devenue, grâce à la Directive UCP, une condition également applicable en droit interne, à l'exception de quelques catégories de consommateurs, comme les enfants, qui par définition ne sont ni attentifs, ni avisés.

Le critère du consommateur averti semble également correspondre à certaines hypothèses concrètes formulées dans la Directive SMAV au sujet du comportement des consommateurs. La justification de l'assouplissement de la réglementation en matière de pauses publicitaires, par exemple, est précisée dans le considérant 57 : « Compte tenu des moyens accrus dont disposent les téléspectateurs pour éviter la publicité grâce au recours aux nouvelles technologies, telles que les enregistreurs vidéo numériques personnels, et de l'élargissement de la palette des canaux disponibles, le maintien d'une réglementation détaillée en matière d'insertion des spots publicitaires en vue de protéger les téléspectateurs ne se justifie plus ».

Les téléspectateurs sont en définitive, selon ce considérant, formés aux médias et cela implique, conformément au considérant 37 de la Directive SMAV qu'ils « sont aptes à poser des choix reposant sur des informations solides, à comprendre la nature des contenus et des services et à profiter de tout l'éventail des possibilités offertes par les nouvelles technologies de communication ».

Le but de l'adoption de cette condition, à mon sens, n'était pas de l'utiliser comme un critère d'interprétation du droit, mais comme un moyen d'encourager la formation aux médias dans toutes les couches de la société. Le consommateur formé aux médias pourra, si cet objectif est réalisé, représenter cependant une condition dont les juges vérifieront le respect en appréciant l'opportunité d'autoriser des services de médias particuliers. Selon les considérants précités, ce but est déjà atteint en ce qui concerne les pauses publicitaires qui interviennent au milieu des programmes télévisés. Le considérant 57 précise clairement que les dispositions relatives à l'insertion de pauses publicitaires qui visent à protéger les téléspectateurs ne se justifient désormais plus, puisque les téléspectateurs sont supposés être parfaitement capables de tirer parti de toute l'étendue des possibilités qui leur sont offertes par les nouvelles technologies de communication, comme le fait, pour les téléspectateurs, d'éviter la publicité en ayant recours aux nouvelles technologies.

3.3. L'effet des pratiques commerciales

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'effet d'une pratique commerciale déloyale réside dans le fait que le consommateur a pris une décision qu'il n'aurait pas prise autrement (en l'absence de pratiques commerciales agressives ou donnant une information inexacte ou incomplète) ou qu'il se trouvait dans une position qui ne lui permettait pas de prendre cette décision. Cette condition est nécessaire pour pouvoir établir l'existence d'une pratique commerciale déloyale.

La Cour de justice des Communautés européennes a très tôt, dans l'arrêt *Nissan*¹⁸, fait de cet effet pertinent d'un point de vue judiciaire, une condition. Cet arrêt portait sur une publicité en faveur de voitures « neuves », qui, bien qu'elles étaient destinées à être exportées vers la France, avaient déjà été immatriculées en Belgique, sans avoir réellement circulé. Ces voitures étaient moins chères que celles vendues par les concessionnaires officiels du groupe Nissan en France, mais étaient également équipées d'un nombre inférieur d'accessoires. Il s'agissait d'un cas d'importation parallèle effectuée par un vendeur qui n'était pas affilié au réseau des concessionnaires Nissan. Le groupe Nissan a combattu cette importation parallèle en se fondant sur la doctrine applicable à la tromperie. La Cour a estimé que s'agissant du grief relatif aux voitures neuves : « (15) Il appartient toutefois à la juridiction nationale de vérifier, au vu des circonstances de l'espèce, si, compte tenu des consommateurs auxquels elle s'adresse, cette publicité peut avoir un caractère trompeur dans la mesure où, d'une part, elle aurait pour objet de cacher la circonstance que les véhicules annoncés comme neufs sont immatriculés avant l'importation et où, d'autre part, cette circonstance aurait été de nature à faire renoncer un nombre significatif de consommateurs à leur décision d'achat »¹⁹.

La Cour a par conséquent retenu le « critère de l'effet de la pratique commerciale ». La publicité relative au prix inférieur des voitures pourrait être qualifiée de trompeuse, selon la Cour, uniquement si un nombre significatif de consommateurs auxquels la publicité était destinée avaient décidé d'acheter la voiture en question sans pour autant réaliser que la différence de prix des voitures vendues par l'importateur parallèle tenait au fait qu'elles étaient moins équipées en accessoires ou, pour citer la Cour, « (16) Pour ce qui est, en second lieu, de la publicité sur le prix moins élevé des voitures, on ne saurait qualifier cette publicité de trompeuse que dans l'hypothèse où il serait établi que la décision d'achat d'un nombre significatif de consommateurs auxquels la publicité en cause s'adresse est prise dans l'ignorance de ce que le prix réduit des véhicules s'accompagne d'un nombre moindre d'accessoires équipant les voitures vendues par l'importateur parallèle ».

Il s'agit là d'une interprétation plutôt stricte du terme « trompeuse ». L'annonceur peut échapper à toute constatation de comportement trompeur en démontrant qu'un nombre non négligeable de consommateurs semblent avoir été indifférents au fait que les voitures avaient été préalablement immatriculées en Belgique et auraient compris que la différence de prix tenait au nombre inférieur des accessoires dont les voitures étaient équipées. Cette situation n'a rien d'improbable et équivaldrait en effet au relèvement du seuil de constatation du caractère trompeur d'une publicité par rapport à ce qui était auparavant nécessaire, lorsque ni la législation, ni la jurisprudence ne précisaient expressément ce genre de critère, eu égard à l'effet d'une pratique commerciale. Cette conclusion ne modifie cependant pas le fait que la tentative de *Nissan* d'empêcher, ce qui, du point de vue du marché intérieur, constitue une importation parallèle souhaitable, a été tuée dans l'œuf par ce relèvement du seuil de constatation d'une pratique trompeuse. Citons, en guise d'illustration cette considération pertinente : « (12) Avant de procéder à cet examen, il convient de souligner que ces éléments de publicité sont d'une grande importance pratique pour l'activité des importateurs parallèles de voitures et que, comme l'avocat général l'a relevé aux paragraphes 5 et 6 de ses conclusions, les importations parallèles bénéficient d'une certaine protection en droit communautaire en tant qu'elles favorisent le développement des échanges et le renforcement de la concurrence ».

Il faudra attendre pour savoir quelle attitude la Cour de justice des Communautés européennes adoptera à ce sujet, mais il n'est pas improbable, compte tenu de certains autres arrêts dans ce domaine, que la Cour continuera à placer haut la barre des conditions requises pour la constatation d'une pratique trompeuse, surtout depuis que le critère de l'effet de la pratique commerciale a été expressément soumis, dans la Directive UCP, à une harmonisation maximale et, par conséquent, doit être un élément essentiel de l'appréciation des affaires portant sur des pratiques trompeuses par les juges des Etats membres.

3.4. L'interprétation de la notion de pratiques trompeuses dans la Directive SMAV

Le terme « trompeuse » fait partie intégrante de l'interdiction des communications commerciales audiovisuelles clandestines prévue à l'article 3(e) de la Directive SMAV. Cette interdiction s'applique uniquement, selon la définition qui en est donnée à l'article 1(j) de la Directive SMAV, à « la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou

d'un prestataire de services dans des programmes, lorsque cette présentation est faite de façon intentionnelle par le fournisseur de services de médias dans un but publicitaire et *risque d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation* »²⁰.

Si l'on applique l'interprétation du terme « trompeuse », retenue par la Cour dans son arrêt *Nissan*, comme nous l'avons indiqué précédemment, et intégrée dans la Directive UCP, à l'interdiction de diffusion de publicité clandestine, alors, conformément à l'article 7, alinéa 2 de la Directive UCP, la présentation, pour être interdite en tant que publicité clandestine, doit produire l'effet suivant : « le consommateur moyen est ainsi amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

En d'autres termes, la présentation trompeuse doit avoir des conséquences sur la décision des consommateurs. Le fait que le consommateur soit persuadé que la description en question est éditoriale et non commerciale doit le conduire, ou être en mesure de l'amener, à prendre une décision sur une transaction qu'il n'aurait pas faite s'il n'avait pas cru qu'il s'agissait d'une description éditoriale. Une telle interprétation offre moins de possibilités d'interdire une publicité clandestine qu'une interprétation qui se contente de considérer que le fait de ne pas préciser qu'une information est une information commerciale, constitue une pratique trompeuse. Cette dernière interprétation ne cadre cependant pas avec le point (11) de la liste noire de la Directive UCP, qui considère comme déloyale dans tous les cas de figure le fait « [d']utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur (publi-reportage) ».

Les critères tels que « le consommateur moyen » ou « l'effet d'une omission » qui sont implicites dans la Directive UCP ne peuvent, dans cette situation, être utilisés pour faire passer au second plan l'application du point (11) de la liste noire de cette même directive. Le simple fait d'omettre d'informer le consommateur de la nature commerciale du message est à l'évidence une infraction trop grave à part entière. Ceci plaide en faveur d'une interprétation du terme « trompeuse » dans la Directive SMAV combinée avec la disposition précitée de la liste noire, de telle sorte que l'omission de l'information en elle-même peut être considérée comme trompeuse. Ainsi, le considérant 60 de la Directive SMAV suppose que la publicité clandestine a automatiquement un effet négatif sur le consommateur²¹. Selon la Directive SMAV, le fournisseur du programme qui comporte une publicité clandestine peut par conséquent, tout comme l'annonceur au titre de la Directive UCP, être poursuivi simplement pour l'omission d'information, et ce même si les consommateurs n'ont pas été réellement induits en erreur au sens de la Directive UCP.

Ainsi, ni les fournisseurs de communications commerciales audiovisuelles, ni les annonceurs, ne peuvent invoquer le fait que les consommateurs n'ont pas été induits en erreur au regard des définitions générales de la publicité clandestine ; le simple fait de présenter un contenu audiovisuel comme s'il s'agissait d'une formation éditoriale, alors qu'il est financé par des annonceurs commerciaux, suffit à conférer à ce contenu la qualité de publicité clandestine (interdite).

3.5. La publicité interactive mise en rapport avec la Directive UCP

La publicité interactive permet à un téléspectateur de cliquer sur une icône ou un objet situés sur son écran ce télévision grâce au « bouton rouge » de sa télécommande, afin d'accéder au site Web qui, par exemple, présente une publicité en faveur de l'objet qu'il vient de sélectionner. Cette fonction soulève un certain nombre de problèmes juridiques passionnants puisqu'elle entre dans le champ d'application d'au moins trois différents domaines juridiques : la Directive SMAV, la Directive sur le commerce électronique et la Directive UCP, sans oublier les dispositions générales en matière de concurrence déloyale.

La publicité en faveur des boissons alcoolisées, par exemple, est soumise à diverses dispositions, qu'il s'agisse de la réglementation relative à la publicité télévisée prévue depuis longtemps par l'article 15 de la Directive TVSF (et conservée dans la Directive SMAV) ou des dispositions qui réglementent toutes les autres formes de communications commerciales audiovisuelles qui font partie d'un service de médias audiovisuels à la demande. Les dispositions qui régissent la publicité télévisée sont plus strictes que celles qui s'appliquent aux communications commerciales audiovisuelles des services audiovisuels à la demande. Ces dernières com-

portent uniquement une interdiction générale stipulée à l'article 3(e), alinéa (e), qui précise que les communications commerciales audiovisuelles en faveur de boissons alcoolisées ne doivent pas s'adresser spécifiquement aux mineurs ni encourager la consommation immodérée de ces boissons. L'article spécialement consacré à la réglementation de la publicité télévisée, l'article 15 de la Directive SMAV, est beaucoup plus précis. Ce dernier interdit en outre la publicité télévisée en faveur de boissons alcoolisées qui associe la consommation d'alcool à une amélioration des performances physiques ou à la conduite automobile. Il dispose que la publicité en faveur de boissons alcoolisées ne doit pas donner l'impression que la consommation d'alcool favorise la réussite sociale ou sexuelle. Il définit que cette même publicité ne doit pas prétendre que les boissons alcoolisées sont dotées de propriétés thérapeutiques, ont un effet stimulant ou sédatif, voire permettent de résoudre des conflits personnels. Enfin et surtout, la publicité ne doit pas mettre l'accent sur la forte teneur en alcool des boissons en la présentant comme une qualité.

L'icône interactive disponible sur l'écran de télévision ou l'environnement auquel a accédé le téléspectateur lorsqu'il a appuyé sur le bouton rouge détermine-t-il les dispositions applicables ? L'environnement auquel il a accédé pourrait entrer dans le champ d'application de la Directive SMAV, mais pourrait également être un site Web ordinaire régi par la Directive sur le commerce électronique, laquelle régit uniquement les transactions électroniques et ne comporte pas de dispositions relatives à la publicité en faveur de boissons alcoolisées²². Si l'interaction intervient par l'intermédiaire d'un message publicitaire télévisé et que le consommateur clique dans ce message publicitaire, les dispositions qui réglementent la publicité télévisée devraient être applicables. Il serait, dans le cas contraire, beaucoup trop facile de contourner les dispositions relatives à la publicité en faveur de boissons alcoolisées. La situation est plus complexe si l'interaction intervient dans le cadre d'un programme télévisé éditorial, dans la mesure où elle soulève la question de savoir si le placement de produits résulte de l'affichage de l'icône ou de l'objet, avec toutes les conséquences que cela suppose. Dans un tel cas de figure, par exemple, le problème qui pourrait se poser serait de définir si le téléspectateur est informé du fait qu'il a accédé, en cliquant, à un site web commercial.

Ces différences de réglementation liées à la technologie n'existent pas en cas d'application de la Directive UCP. Cela simplifie le problème, puisque le point (11) précité de la liste noire exige que l'annonceur s'abstienne d'utiliser tout contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur.

4. L'importance de la Directive UCP au regard du contenu publicitaire et des autres services de médias audiovisuels

4.1. L'importance de la Directive UCP pour les services de médias audiovisuels

La Directive UCP porte sur les « pratiques commerciales ». Selon son article 2, alinéa (d), une pratique commerciale se définit par : « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ».

La Directive SMAV n'harmonise aucune pratique commerciale dans les domaines de la concurrence déloyale et de la publicité trompeuse. Il s'agit là néanmoins de pratiques qui interviennent dans les médias audiovisuels. Par conséquent, les dispositions de la Directive UCP ne concernent pas uniquement les communications commerciales audiovisuelles et les autres pratiques (audiovisuelles) destinées à la vente de produits, mais englobent également les pratiques telles que « l'autopromotion » des fournisseurs de services audiovisuels. Le terme « pratique commerciale » est formulé dans un sens plus large, conforme à ce raisonnement, qui permet l'application de la Directive UCP pour l'appréciation des services de médias audiovisuels autres que les communications commerciales, comme les concours téléphoniques à caractère trompeur.

Il s'en faudrait de peu pour que l'ensemble des fournisseurs de services de médias audiovisuels soit soumis à un contrôle destiné à protéger les intérêts des consommateurs. Le terme « pratique commerciale » n'est cependant pas assez vaste, puisqu'il exige un rapport direct entre la promotion,

la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs. Les intérêts sur lesquels porte la Directive UCP concernent essentiellement le droit du consommateur à disposer d'une information complète et précise pour décider d'effectuer une transaction commerciale. Le fait d'analyser le service éditorial de médias audiovisuels lui-même par rapport à la législation relative aux pratiques commerciales, pour vérifier, par exemple, sa fiabilité, son authenticité, son professionnalisme, son caractère abouti ou son indépendance, est uniquement pertinent si ces caractéristiques sont appréciées dans le cadre de communications commerciales ou si le service éditorial de médias lui-même est en fait une pratique commerciale qui prend l'apparence d'un programme éditorial présenté de manière indépendante. C'est tout ce que l'on peut tirer de la Directive UCP.

4.2. La liste noire et les services de médias audiovisuels

Un certain nombre de pratiques commerciales sont considérées comme une restriction systématique de la capacité du consommateur à prendre une décision en toute connaissance de cause et sont par conséquent toujours déloyales : les annexes à la directive comportent une liste noire qui énumère trente-et-une de ces pratiques. Cette liste ne peut être modifiée qu'à l'échelon communautaire. Plusieurs de ces pratiques sont, en règle générale, déjà interdites, comme la vente pyramidale, la fourniture non demandée, les factures fantômes, la publicité comportant un label de qualité sans que l'annonceur soit associé au système de labellisation du produit ou la publicité en faveur d'un produit ou d'un service « gratuit » que le consommateur doit en fait payer. L'intérêt de cette liste réside dans le fait qu'aucune distinction supplémentaire n'est nécessaire : une ou deux inexactitudes suffisent pour tomber sous le coup de la directive, même si elles étaient facilement décelables par le consommateur moyen. Il importe peu, pour l'appréciation du caractère déloyal d'une pratique qui remplit les conditions de l'une des situations énumérées par la liste noire, de savoir si la capacité du consommateur à prendre une décision en toute connaissance de cause est limitée.

Un certain nombre de ces pratiques sont particulièrement pertinentes pour les fournisseurs de services audiovisuels. Les concours téléphoniques trompeurs et agressifs de la télévision, par exemple, pourraient ainsi être sanctionnés grâce à la liste noire. Ces concours se caractérisent notamment par la manière dont le présentateur incite sans cesse le public à prendre part au concours en l'assurant qu'il est facile de remporter un prix, alors qu'il est en réalité extrêmement difficile de réussir à joindre par téléphone le présentateur et que le coût de l'appel est particulièrement élevé. Ces pratiques peuvent être combattues par les points 19, 26 ou 31 de la liste noire : le point 19 qualifie de trompeur et par conséquent de déloyal, le fait « [d']affirmer dans le cadre d'une pratique commerciale qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable ». Le point 26 qualifie d'agressif, et par conséquent de déloyal, le fait de « se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance ». Le point 31 qualifie également d'agressif et par conséquent de déloyal, le fait de « donner la fausse impression que le consommateur a déjà gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait, soit il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent ou, soit l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût ».

Il ne sera pas toujours aisé d'appliquer la liste noire à ces concours téléphoniques. Cette tâche pourrait néanmoins être bien moins difficile qu'en recourant à la méthode actuellement utilisée pour mettre un terme à ces concours en cherchant à les assimiler à de la publicité télévisée, de l'autopromotion ou du téléachat, comme cela a été le cas pour le concours téléphonique « Quick-Express » organisé en Autriche par la *Österreichischer Rundfunk*²³.

4.3. L'obligation d'information dans le cadre des pratiques commerciales audiovisuelles

La Directive UCP part du principe que le meilleur moyen de protéger le consommateur consiste à lui fournir une information qui dispense d'imposer d'autres restrictions légales, comme les interdictions publicitaires, et encourage ainsi la concurrence du marché. La directive interdit par conséquent l'omission d'une information essentielle, indispensable au consommateur moyen pour qu'il soit en mesure de prendre, en toute connaissance de cause, une décision au sujet d'une transaction. Elle comporte par ailleurs un résumé du type d'information jugée « essentielle » et des conditions dans lesquelles l'information doit être communiquée.



La Directive UCP reconnaît cependant à l'article 7, alinéa 3, que cette obligation peut être limitée dans l'espace et dans le temps en fonction du média utilisé pour la communication de la pratique commerciale. Par conséquent, ces limites et toutes les mesures prises par le professionnel en vue de mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens doivent être prises en compte pour déterminer si l'information a été omise. Cependant, lorsque le consommateur doit être en possession de certaines informations essentielles parce que la publicité lui permet de commander immédiatement un produit ou un service, cette information est systématiquement obligatoire, dans la mesure où il doit savoir avec qui il conclut une transaction commerciale et s'il risque d'être abusé. L'article 7, alinéa 4, de la Directive UCP impose par conséquent que dans le cadre d'une offre qui exige une acceptation immédiate, une « invitation à l'achat », les informations suivantes au moins soient connues : le type de produit, le lieu où est établi le vendeur (localisation géographique), le prix du produit (augmenté de tout frais supplémentaire) et l'éventuel recours à des pratiques auxquelles ne pouvait pas s'attendre le consommateur, comme un moyen de paiement inhabituel.

L'article 2, alinéa (i) de la Directive UCP définit une « invitation à l'achat » comme « une communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat ». Si chaque publicité qui indique le prix et le produit devait être considérée comme une invitation de ce type, bon nombre de publicités devraient alors comporter plus d'informations encore. Afin d'esquiver cette obligation, plusieurs annonceurs recourraient à une information superficielle, ce qui ne serait pas dans l'intérêt du consommateur. C'est par conséquent la formule « [...] et permettant ainsi au consommateur de faire un achat » qui est ici essentielle. La transposition de la Directive UCP dans le Code néerlandais de la publicité tient compte de cette interprétation restrictive, en ajoutant à la définition l'obligation d'offrir au consommateur un mode de paiement ou la possibilité d'effectuer immédiatement une transaction commerciale, sur place ou à distance.

L'argument selon lequel l'information est communiquée au consommateur par d'autres canaux n'est sans doute pas pertinent dans le cadre d'une invitation à l'achat. L'article 7, alinéa 4, sous-alinéa (a), de la Directive UCP fait en effet référence au moyen de communication en précisant qu'il convient que les principales caractéristiques du produit soient indiquées de manière appropriée en fonction du moyen utilisé, mais il s'agit là de la seule mention qui en est faite. On peut en déduire que les limites du moyen de communication n'ont aucune incidence sur le reste des informations qui doivent figurer dans toute invitation à l'achat. Cette question devra cependant être éclaircie par la Cour de justice des Communautés européennes. Pour ce qui est des services à la demande, les limites du moyen de communication, à mon sens, ne constituent pas une justification valable d'une omission d'information, dans la mesure où il est toujours possible d'apporter une information supplémentaire.

Lorsque l'on peut souscrire immédiatement à une offre par l'intermédiaire d'une communication commerciale audiovisuelle, l'obligation d'information est impérative dans la mesure où cette offre pourrait être considérée comme associée à une invitation à l'achat. Cela vaut, par exemple, pour le téléachat, une pratique commerciale que l'article 1, alinéa (l) de la Directive SMAV définit comme « la diffusion d'offres directes au public en vue de la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris de biens immeubles, de droits et d'obligations ».

Ces invitations doivent par conséquent systématiquement indiquer au moins une adresse géographique. Ce serait là, à mon sens, une grande avancée. Dans le cas du téléachat, compte tenu de sa durée, l'annonceur ne peut pas invoquer le besoin de fournir une information par d'autres moyens, comme il peut le faire au vu de l'interprétation précitée de l'article 7, alinéa 4 de la Directive UCP.

La Directive SMAV qualifie le *placement de produit* et le *parrainage* de formes de communications commerciales audiovisuelles. La publicité pour le placement de produits et pour le parrainage est autorisée, mais soumise à un certain nombre de conditions et soulève la question de savoir si l'obligation d'information imposée par la Directive UCP est également applicable à ces formes de communications commerciales audiovisuelles. Cette idée ne serait pas totalement insensée, puisqu'il est clair que les spots publicitaires sont, dans une large mesure, remplacés actuellement par d'autres types de publicités et qu'il n'y a aucune raison pour que les dispositions habituelles en matière de publicité ne soient pas applicables à ce cas de figure.

4.4. La publicité en faveur des services de médias audiovisuels

Dans la plupart des cas, le téléspectateur n'est pas un consommateur au sens de la Directive UCP, puisque la définition qu'elle en donne exige qu'il prenne une décision, en sa qualité de téléspectateur, pour s'engager dans une transaction commerciale qu'il n'aurait pas effectuée sans la pratique commerciale déloyale employée par le fournisseur de services de médias. On pourrait imaginer que le téléspectateur serait déçu par le choix d'un programme qui lui a été vivement recommandé par les spots d'autopromotion du fournisseur. Pour que son choix soit considéré comme une décision prise dans le cadre d'une transaction, au titre de la définition donnée à l'article 2, alinéa (k), de la Directive UCP, il doit s'agir d'une « décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter, de faire un paiement intégral ou partiel pour un produit, de conserver ou de se défaire d'un produit ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit ; une telle décision peut amener le consommateur, soit à agir, soit à s'abstenir d'agir ».

Cette situation est difficilement imaginable dans le cas d'un réseau ouvert, où les services sont proposés sans paiement. Il en va différemment si le téléspectateur est assimilé à un consommateur qui fait l'acquisition de services de médias audiovisuels à la demande. La conformité des informations relatives à ces services de médias audiovisuels avec les dispositions qui régissent les pratiques commerciales déloyales peut être vérifiée, à condition que le fournisseur de services de médias remplisse également les conditions nécessaires pour se voir attribuer la qualité de professionnel telle que définie dans la Directive UCP. Nous avons mentionné cette définition précédemment. Elle s'applique en tout état de cause aux fournisseurs commerciaux de services de médias. Cette position offre la possibilité au téléspectateur de contrôler, en sa qualité de consommateur de médias, le contenu du service fourni, et ce, indépendamment du fait que ce service ne corresponde pas à la manière dont la promotion en a été faite par le fournisseur de services de médias audiovisuels ou qu'il ait été commercialisé de manière agressive. Il convient de noter qu'il ne s'agit pas ici d'un contrôle du contenu du service de médias lui-même, mais de déterminer si l'information relative à un service correspond véritablement à ce dernier.

4.5. La publicité excessive et les pratiques commerciales agressives

Le téléspectateur s'est déjà vu octroyer le rôle de consommateur par le considérant 27 de la Directive TVSF, qui propose expressément un système de normes minimales et la possibilité d'une réglementation nationale plus stricte en vue de garantir la protection complète et efficace des intérêts des consommateurs en leur qualité de téléspectateurs. Le paragraphe 27 de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire relative aux concours téléphoniques organisés en Autriche indique : « Dans cette perspective, les dispositions du chapitre IV de la Directive 89/552, qui définissent ces normes et ces critères, expriment la volonté du législateur communautaire, comme le souligne M. l'avocat général au point 76 de ses conclusions, de démarquer ces activités de promotion de celles relevant du reste des programmes diffusés, de les rendre identifiables sans ambiguïté pour les téléspectateurs et d'en limiter le temps de diffusion. Ainsi, la protection des consommateurs que sont les téléspectateurs contre la publicité excessive constitue un aspect essentiel de l'objectif de la Directive 89/552 (voir en ce sens, arrêt du 23 octobre 2003, *RTL Television*, C245/01, Rec. p. I12489, point 64²⁴) ».

L'affaire RTL citée par la Cour porte sur la publicité excessive. Il s'agissait en l'espèce de l'interprétation de la notion de « séries » en vue de déterminer quelle pouvait être la fréquence des interruptions publicitaires au cours d'un programme télévisé. RTL diffuse un certain nombre de films, comme « *Schrei im Wald* » et « *Rache der Amy Fisher* », d'une durée chacun de 86 minutes environ, aménagés au moyen de la publicité de manière à former une série intitulée « *Gefährliche Leidenschaften* ». Considérés comme des séries, ces films peuvent être interrompus par quatre pauses publicitaires (à raison d'une toutes les 20 minutes), alors que si la qualité de films leur est reconnue, une seule interruption publicitaire est autorisée (c'est-à-dire une toutes les 45 minutes, si toutefois le film dépasse 45 minutes). La Cour a interprété la notion de « séries » à l'aide de critères substantiels, comme l'évolution d'un même récit au cours d'épisodes successifs ou la réapparition d'un ou de plusieurs personnages dans les divers épisodes. Selon la Cour, la différence de la fréquence des interruptions publicitaires insérées dans un film et dans une série tient au fait que les séries, précisément en raison des éléments de fond qui lient les différents épisodes qui les constituent, requièrent une concentration moins soutenue de la part des téléspectateurs que dans le cas d'un film.

Il est également intéressant de noter que la Cour a jugé la restriction en question justifiée au titre de l'article 10, alinéa 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Le considérant (70) de l'arrêt est libellé comme suit : « La restriction en cause poursuit, en effet, un but légitime tenant à « la protection [...] des droits d'autrui » au sens de ladite disposition, à savoir la protection des consommateurs que sont les téléspectateurs, ainsi que leur intérêt à avoir accès à des programmes de qualité. Ces objectifs peuvent justifier des mesures contre la publicité excessive ».

La Directive SMAV modifie ce fragile équilibre entre les intérêts des fournisseurs de services audiovisuels et ceux du consommateur téléspectateur. Il appartient à présent aux radiodiffuseurs télévisuels de décider du nombre d'interruptions publicitaires dans leur éventail de séries, feuilletons télévisés et documentaires. Ils doivent toutefois toujours tenir compte d'un certain nombre de facteurs, comme les pauses naturelles, la nature du programme et le droit moral de son réalisateur. Les films destinés à la télévision sont soumis à une restriction quantitative des interruptions publicitaires : ces programmes ne peuvent être interrompus qu'une seule fois par demi-heure. Cette plus grande souplesse, comme nous l'avons expliqué précédemment, se justifie par l'augmentation des possibilités pour les téléspectateurs d'éviter la publicité en recourant à l'utilisation des nouvelles technologies, comme les enregistreurs vidéo numériques personnels et l'élargissement de la palette de canaux (considéranants 57 et 58 de la Directive SMAV). Par conséquent, le téléspectateur ne semble pas avoir besoin de protection supplémentaire dans ce domaine. Il en va de même pour la publicité excessive du placement de produits et du parrainage. Aucune restriction supplémentaire n'est nécessaire pour protéger le consommateur contre la publicité excessive, à condition qu'il soit correctement informé du caractère publicitaire d'une pratique. La Directive UCP est-elle alors suffisante ? Le point 26 de la liste noire qualifie d'agressif, et par conséquent de pratique commerciale déloyale, le fait de « se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle. Cette disposition s'entend sans préjudice de l'article 10 de la Directive 97/7/CE, et des Directives 95/46/CE (1) et 2002/58/CE ».

Il peut s'avérer difficile de comparer aux interruptions publicitaires ou au placement de produits les sollicitations non souhaitées évoquées dans cet article. On pourrait néanmoins estimer que ces interruptions ou placements de produits ne sont pas souhaités par les téléspectateurs. En fonction de la fréquence des interruptions ou du placement de pro-

duits dans un seul et même programme, certaines communications commerciales de ce type pourraient être combattues, si toutefois elles présentent un caractère « répété ».

5. Résumé

Le principal constat peut se résumer comme suit : quels sont les moyens de protection que la Directive UCP offre aux utilisateurs de services de médias audiovisuels par rapport à la Directive SMAV ? Comme nous l'avons indiqué, la Directive SMAV n'apporte, en elle-même, aux utilisateurs aucune protection contre la publicité excessive et, en règle générale, elle ne fait pas grand cas des utilisateurs de ces services en leur qualité de consommateurs. La Directive SMAV et la Directive UCP, comme le laisse penser l'explication de la Directive SMAV, ne se caractérisent pas par leur spécialité : la Directive UCP est applicable même dans les situations régies par la Directive SMAV, tandis que la responsabilité du fournisseur de services de médias audiovisuels peut être engagée en cas de pratiques commerciales déloyales. Ce recoupement est manifeste en matière d'interdiction de la publicité clandestine. La Directive SMAV et la Directive UCP traitent cette interdiction de la même manière : l'omission d'une information essentielle justifie à elle seule cette interdiction. A travers ce mode de *présentation de la publicité* et d'autres méthodes, comme le placement de produits et le parrainage, il est intéressant de constater que, grâce à la Directive UCP, la responsabilité de l'annonceur peut à présent également être engagée en cas d'infraction aux dispositions pertinentes. De même, la responsabilité du fournisseur de services de médias audiovisuels pourrait, en fonction du principe de la compétence nationale, être engagée pour avoir recouru à des pratiques commerciales déloyales au nom de l'annonceur.

La Directive UCP se limite aux transactions commerciales. Les griefs relatifs au *contenu* d'un service de médias peuvent uniquement être pris en considération en cas de publicité déloyale relative à ce contenu. La Directive UCP peut être employée comme moyen de défense, plus efficace que la Directive SMAV, contre les pratiques déloyales utilisées dans les concours téléphoniques et autres services proposés de manière commerciale. Le fournisseur de services de médias audiovisuels est par ailleurs indirectement lié par l'obligation d'information imposée par la Directive UCP. Il convient que les dispositions relatives au contenu publicitaire soient également applicables à la publicité autre que les spots publicitaires, dans la mesure où ce type de publicité tend actuellement à remplacer les messages publicitaires habituels.

- 1) Considérant 27 de la Directive 89/552/CE du 3 octobre 1989 : « pour assurer de façon complète et adéquate la protection des intérêts des consommateurs que sont les téléspectateurs, il est essentiel que la publicité télévisée soit soumise à un certain nombre de normes minimales et de critères, et que les États membres aient la faculté de fixer des règles plus strictes ou plus détaillées et, dans certains cas, des conditions différentes pour les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence ».
- 2) Voir J.J.C. Kabel, « *Televisieerelateerde mediakonsumen in het Europese omroeprecht* », *Tijdschrift voor Consumentrecht* 1990, n° 1, pages 3-19.
- 3) JOCE C 92 du 25 avril 1975, pages 1-12. Ces droits sont (1) le droit à la protection de la santé et de la sécurité, (2) le droit à la protection des intérêts économiques, (3) le droit à l'indemnisation du préjudice subi, (4) le droit à l'information et à l'éducation et (5) le droit de se faire assister par un défenseur.
- 4) Voir, par exemple, CEDH du 24 novembre 1993 (*Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*). Série A n° 276.
- 5) Directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 modifiant la Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE L 332 du 18 décembre 2007, p. 27.
- 6) Considérant (7) de la Directive 2007/65/CE.
- 7) Thomas Wilhelmsson, « *The Consumer's Right to Knowledge and the Press* », in T. Wilhelmsson et autres (sous la direction de), *Consumer Law in the Information Society*, Kluwer Law International, pages 367-384.
- 8) N. Helberger, « *The Media-Literate viewer* », in *Dommering-bundel*, Amsterdam : Otto Cramwinckel Uitgever 2008, pages 135-149 (http://www.ivir.nl/publications/helberger/Dommering_bundel_Helberger.pdf)
- 9) Lowe et Bardeol citent ici Poltrack : « *In our research with consumers, content on demand is the killer application. They like the idea of paying only for what they watch* » (« d'après les recherches que nous avons menées sur les consommateurs, le contenu à la demande représente la « killer application ». Ils sont sensibles à l'idée de payer uniquement pour ce qu'ils regardent »). Voir Gregory Ferrell Lowe & Jo Bardeol (sous la direction de), *From Public Service Broadcasting to Public Service Media*, Nordicom Göteborg 2007, p. 21.
- 10) Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JOCE L 149 du 11 juin 2005, p. 22. Pour de plus amples informations sur cette directive, voir Stephen Weatherill & Ulf Portland, Oregon : Hart Publishing 2007. La date de sa mise en œuvre était fixée au mois de décembre 2007.

- Bernitz (sous la direction de), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Oxford et Portland, Oregon : Hart Publishing 2007.
- 11) Voir l'article 1 de la loi allemande relative à la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - UWG*) sur la base duquel, conformément à la jurisprudence classique, la UWG poursuit un triple objectif : la protection des consommateurs, des concurrents et du grand public. Voir, au sujet de cette jurisprudence et pour de plus amples informations Frauke Henning Bodewig, *Unfair Competition Law. European Union and Member States*, Kluwer Law International 2006, p. 127.
- 12) Directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, JOCE L 250 du 9 septembre 1984, p. 17.
- 13) Directive 97/55/CE du 6 octobre 1997 modifiant la Directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, JOCE L 290 du 23 octobre 1997, p. 10.
- 14) Voir les considérants (3) et (4) de la Directive UCP.
- 15) Directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (version codifiée), JOCE L 376 du 27 décembre 2006, p. 21.
- 16) Le texte original de la citation ne comporte pas d'italique, ce dernier a été ajouté par l'auteur.
- 17) CJCE 16 juillet 1998, C-210/96 (*Gut Springenheide GmbH, R. Tusky en Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*).
- 18) C-373/90 du 16 janvier 1992 (poursuites pénales engagées contre X).
- 19) Le texte original de la citation ne comporte pas d'italique, ce dernier a été ajouté par l'auteur.
- 20) Le texte original de la citation ne comporte pas d'italique, ce dernier a été ajouté par l'auteur.
- 21) Considérant 60 : « La présente directive interdit les communications audiovisuelles commerciales clandestines en raison des effets néfastes de cette pratique sur les consommateurs. [...] ».
- 22) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.
- 23) CJCE 18 octobre 2007, C-195/06 (*Kommaustria* c. ORF).
- 24) Source : <http://curia.europa.eu/jurispg/cgi-bin/gettext.pl?lang=de&num=79968976C19010245&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>