

IRIS

Spécial

Une série de publications de
l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Les nouvelles formes de communications commerciales à l'heure de la convergence

IRIS Spécial:
Les nouvelles formes de communications commerciales à l'heure de la convergence

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2012
ISBN: 978-92-871-8043-8
EUR 65

Directeur de la publication :

Susanne Nikoltchev, Directrice exécutive de l'Observatoire européen de l'audiovisuel
E-mail : susanne.nikoltchev@coe.int

Editrice et coordonnatrice :

Maja Cappello, Responsable du département Informations juridiques
E-Mail : maja.cappello@coe.int

Institutions partenaires ayant collaboré à l'ouvrage :

Institut du droit européen des médias (EMR)

Franz-Mai-Straße 6
D-66121 Saarbrücken
Tél. : +49 (0) 681 99 275 11
Fax : +49 (0) 681 99 275 12
-mail : emr@emr-sb.de
www.emr-sb.de

Institut du droit de l'information (IViR)

Kloveniersburgwal 48
NL-1012 CX Amsterdam
Tél. : +31 (0) 20 525 34 06
Fax : +31 (0) 20 525 30 33
E-mail: website@ivir.nl
www.ivir.nl

Assistante éditoriale :

Michelle Ganter
E-mail : michelle.ganter@coe.int

Marketing :

Markus Booms
E-mail : markus.booms@coe.int

Traduction/Relecture:

Christina Angelopoulos, Johanna Fell, Paul Green, Julie Mamou, Marco Polo Traductions, Stefan Pooth, Erwin Rohwer, Nathalie Sturlèse, Anne-Lise Weidmann

Photocomposition/Impression :

Pointillés, Hoenheim (France)

Editeur :

Observatoire européen de l'audiovisuel
76 Allée de la Robertsau
F-67000 Strasbourg
Tél. : +33 (0)3 90 21 60 00
Fax : +33 (0)3 90 21 60 19
E-mail : obs@obs.coe.int
www.obs.coe.int

Veillez citer cette publication comme suit :

Nikoltchev S. (éd.), *Les nouvelles formes de communications commerciales à l'heure de la convergence*, IRIS Spécial, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2014.

© Observatoire européen de l'audiovisuel, 2014.

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.



**Les nouvelles formes
de communications commerciales
à l'heure de la convergence**

Les nouvelles formes de communications commerciales à l'heure de la convergence

La convergence place les entreprises, les utilisateurs, les décideurs politiques et les régulateurs face à différents défis, notamment en raison du caractère multiforme des communications commerciales en ligne. Le développement constant des nouveaux services à la demande, dans un contexte où la plupart des utilisateurs ont tendance à revendiquer une gratuité généralisée, oblige à repenser les modes de financement des contenus audiovisuels. Si les paiements directs et les spots de 30 secondes constituaient les principaux vecteurs de monétisation dans le monde linéaire, de nombreux fournisseurs de services font désormais des données massives (ou big data) leur monnaie principale et de la publicité comportementale la première forme de communication commerciale.

Ces évolutions ont de multiples conséquences juridiques. En premier lieu, le gommage progressif de la distinction entre contenu audiovisuel et publicité pourrait porter atteinte aux piliers sur lesquels repose depuis 25 ans la réglementation européenne relative à la radiodiffusion, à savoir le principe de séparation et l'indépendance éditoriale. Deuxièmement, la technologie permet une forme complètement nouvelle d'exploitation des données à caractère personnel : tant les publicités que les résultats de recherches sont taillés sur mesure pour correspondre aux préférences de chaque utilisateur, ce dernier ne se rendant pas toujours compte du degré d'intrusion potentiellement généré par un « cliquez pour accepter ». Mais il reste en outre, au sein de ce contexte radicalement nouveau, à étudier dans le détail les interactions entre les différents acteurs de la chaîne de valeur, en vue d'analyser à quel échelon les obligations devraient être mises en place pour que celles-ci atteignent un degré maximal d'efficacité et d'acceptation.

C'est avec cette toile de fond en tête que plusieurs experts ont participé en avril 2014 à un atelier à huis clos intitulé « Les nouvelles formes de communications commerciales à l'heure de la convergence du secteur audiovisuel », organisé par l'Observatoire européen de l'audiovisuel (OEA) et l'Institut du droit européen des médias (EMR) de Sarrebruck, avec le soutien de l'Institut du droit de l'information (IViR) de l'Université d'Amsterdam. L'objectif était d'explorer les conséquences juridiques de ces évolutions, en s'attachant notamment aux interactions entre les différentes directives de l'Union qui régissent divers aspects de la fourniture de contenus commerciaux par l'intermédiaire de services en ligne et d'appareils connectés.

Conor Murray (EGTA) et Christian Grece (OEA) ont commencé par présenter le contexte. Leurs interventions, consacrées aux dernières techniques publicitaires et aux nouveaux modèles de financement des services de médias audiovisuels, ont permis de faire le tour des possibilités qu'offrent les nouveaux modèles économiques apparus dans le secteur publicitaire du fait du développement des usages multi-écrans. Tous deux ont souligné le rôle crucial de la collecte et de l'exploitation du big data pour adresser le bon message à la bonne personne et au bon moment, en particulier dans le cas de la publicité display et sur téléphone portable.

Mark Cole (Université du Luxembourg) a ensuite examiné la réglementation en vigueur. A l'heure de la convergence, la fragmentation du puzzle réglementaire oblige à examiner une multitude de dispositions, disséminées dans une série de directives (sur les services de médias audiovisuels, le commerce électronique, les pratiques commerciales déloyales, les pratiques anticoncurrentielles, la protection des données, la vie privée et les communications électroniques) et le tableau qui se dégage conserve de nombreuses zones d'ombre pour qui cherche à l'interpréter.

S'exprimant au nom des radiodiffuseurs commerciaux, Ross Biggam (ACT) a appelé de ses vœux une activité réglementaire tournée vers l'avenir, qu'elle prenne la forme d'une révision de la Directive SMAV ou d'une directive plus large sur les contenus. Plutôt que de se concentrer sur des solutions revenant à déréguler tout le secteur ou à réguler des entreprises concurrentes, le nouveau cadre réglementaire devrait, selon l'intervenant, se concentrer sur des principes clés tels que la protection des mineurs, l'adoption de normes déontologiques et la notion de responsabilité éditoriale. Heiko Zysk (ProSiebenSat) a insisté sur la nécessité d'intégrer dans le processus tous les acteurs importants : les entreprises, pour qu'elles fournissent une information exhaustive et détaillée, les utilisateurs, afin qu'ils paient pour les contenus qu'ils visionnent, et les législateurs, qui doivent proposer d'autres options réglementaires fonctionnant à l'échelon transfrontalier tout en intégrant autorégulation et corégulation.

Les données étant, nous l'avons vu, devenues un moyen de paiement, elles jouent un rôle essentiel sur internet, où la publicité est ciblée en fonction du comportement de chaque utilisateur. Partant du constat selon lequel un clic n'apporte pas toujours (seulement) ce qu'il souhaite à l'internaute, Frederik Zuiderveen Borgesius (IViR) a présenté le cadre réglementaire relatif à la protection des données. S'agissant du consentement au traitement des données dans le cadre du ciblage comportemental, il a souligné combien il était complexe de déterminer la base juridique adéquate, notamment en ce qui concerne les systèmes d'opt-in et d'opt-out utilisés pour le suivi des cookies.

Lors de la table ronde de clôture, Anne Deltour (Commission européenne), Cornelia Kutterer (Microsoft) et Malcolm Phillips (CAP) se sont demandé si le cadre juridique actuel était prêt pour ce marché publicitaire convergent et ont étudié le rôle que pourraient jouer les entreprises du secteur, ainsi que les initiatives d'autorégulation et de corégulation.

L'objectif d'un atelier n'est pas de parvenir à des réponses, mais peut être de contribuer à poser les bonnes questions au bon moment. Cet aspect est particulièrement important dans le cas d'activités qui sont tributaires de la technologie, pour lesquelles la législation risque de devenir obsolète bien avant d'être mise en œuvre. Le fait de trouver un consensus sur les principes fondamentaux pourrait constituer un bon point de départ, ainsi que le montrent les pages qui suivent.

Strasbourg, novembre 2014

Maja Cappello

*Responsable du Département Informations juridiques
Observatoire européen de l'audiovisuel*

TABLE DES MATIÈRES

Compte-rendu de l'atelier « Les nouvelles formes de communications commerciales audiovisuelles à l'heure de la convergence du secteur audiovisuel » <i>Peter Matzneller, Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles, et Jenny Metzdorf, Université du Luxembourg</i>	7
Nouvelles techniques publicitaires et nouveaux modèles de financement pour les radiodiffuseurs télévisés <i>Conor Murray, egta – association of television and radio sales houses</i>	27
Le marché européen de la publicité en ligne - Une brève introduction à l'écosystème européen de l'affichage publicitaire en ligne <i>Christian Grece, Observatoire européen de l'audiovisuel</i>	35
Le cadre juridique européen en vigueur <i>Mark Cole, Université du Luxembourg</i>	47
Les défis posés par les formes de communication commerciale émergentes : responsabilité éditoriale et contrôle <i>Ross Biggam, Association of Commercial Television in Europe (ACT)</i>	61
La protection des données à l'heure de la convergence des médias <i>Heiko Zysk, ProSiebenSat.1 Media AG</i>	69
Nouvelles formes de communications commerciales et législation en matière de protection des données <i>Frederik Zuiderveen Borgesius, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam</i>	77
Vers un nouveau cadre général de la convergence : un nouveau contenu dans un nouveau contenant <i>Cornelia Kutterer, EMEA, Microsoft</i>	89
Convergence et divergence : l'interaction entre autorégulation et cadre légal au Royaume-Uni <i>Malcolm Phillips, Committee of Advertising Practice (CAP)</i>	101

Compte rendu de l'atelier « Les nouvelles formes de communications commerciales audiovisuelles à l'heure de la convergence du secteur audiovisuel »

*Peter Matzneller **

Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles,

*et Jenny Metzdorf ***

Université du Luxembourg

La publicité et, plus largement, les communications commerciales jouent un rôle fondamental pour le secteur audiovisuel. Les revenus qu'elles génèrent contribuent à financer la production et l'acquisition d'émissions intéressantes ainsi que d'autres contenus audiovisuels, et contribuent ainsi indirectement au financement des services proposés. L'apparition de terminaux hybrides tels que les téléviseurs intelligents, qui permettent l'affichage simultané, sur le même écran, de programmes télévisés et de services à la demande ou d'autres services en ligne, tout comme le développement des contenus médiatiques consultés sur terminaux mobiles (smartphones ou tablettes) promettent de nouvelles perspectives économiques et de nouveaux modèles aux annonceurs et aux fournisseurs de contenus. La portée internationale de la publicité diffusée sur internet et ses coûts de production modestes accroissent le potentiel économique des communications commerciales.

Si elles présentent des avantages, les nouvelles formes de communications commerciales soulèvent cependant aussi des questions juridiques. Les téléviseurs intelligents, ainsi que certains nouveaux médias, brouillent de façon croissante les frontières entre communications commerciales et contenus éditoriaux. Comment et à quel point faudra-t-il à l'avenir protéger les utilisateurs, notamment certains groupes tels que les enfants ou les adolescents ? Dans quelle mesure des publicités affichées par des tiers altèrent-elles la responsabilité éditoriale des fournisseurs de services de médias ? Outre ces questions relevant du droit des médias, il convient d'examiner certains aspects relatifs à la protection des données. Les technologies modernes facilitent le stockage et le traitement des données des utilisateurs, lesquelles peuvent être exploitées à des fins de publicité comportementale. Quel degré d'information faut-il fournir aux utilisateurs et aux spectateurs s'agissant de la collecte de leurs données à caractère personnel et comment protéger leur vie privée ?

D'un point de vue juridique, la situation de départ est confuse. Les communications commerciales sont l'objet de différents textes législatifs à l'échelon européen, dont chacun ne régleme que des aspects partiels. La Directive Services de médias audiovisuels (ci-après « Directive SMAV ») et la directive sur le commerce électronique établissent ainsi des normes concernant la protection des utilisateurs et l'intégrité des contenus audiovisuels. Toutefois, les communications commerciales peuvent aussi relever des directives relatives à la protection des données et de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales, et le droit européen de la concurrence a lui aussi des répercussions sur certaines évolutions. Enfin, lors de la mise en œuvre pratique de ces exigences, le secteur a de plus en plus recours à l'autorégulation, à l'échelon tant national qu'europpéen.

* Peter Matzneller est gérant de l'Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles.

** Jenny Metzdorf est doctorante à l'Université du Luxembourg.

Au vu de la complexité de ce sujet, l'Observatoire européen de l'audiovisuel (OEA) et l'Institut du droit européen des médias (EMR) ont pris l'initiative d'organiser le 4 avril 2014 à Sarrebruck un atelier commun¹ composé de neuf interventions et de plusieurs tables rondes. Les intervenants ont dans un premier temps présenté les tendances actuellement à l'œuvre sur le marché, avant de préciser le cadre juridique applicable aux communications commerciales. Ils ont ensuite mis en évidence les limites de la liberté de la publicité du point de vue du droit relatif à la protection des données. Un débat a suivi concernant l'adéquation du cadre juridique en vigueur dans un contexte de convergence du marché publicitaire. Le présent compte rendu offre une synthèse des interventions dans l'ordre chronologique et restitue les principaux points des débats.

I. Les nouvelles formes de publicité à l'heure de la convergence du secteur de l'audiovisuel

La première partie de l'atelier visait à donner aux participants un aperçu, du point de vue des acteurs du marché, des solutions publicitaires existant dans le paysage médiatique à l'heure de la convergence (point 1) et de l'état du marché de la publicité en ligne (point 2).

1. Nouvelles techniques publicitaires et nouveaux modèles de recettes pour les services de médias audiovisuels

En guise d'introduction, Conor Murray² a présenté brièvement les nouveaux types de techniques publicitaires et de systèmes de financement des services de médias audiovisuels. Statistiques à l'appui, il a démontré que la télévision classique, malgré l'émergence de nouveaux services et types de médias, continuait à captiver les spectateurs et conservait un rôle dominant dans un paysage médiatique en pleine convergence. Au Royaume-Uni, la télévision enregistrait une couverture et une consommation mensuelles de 97 % en janvier 2013, tandis que Google n'était utilisé que par 69 % de la population à la même date. La situation était comparable en Allemagne où, en juin 2012, les spectateurs regardaient nettement plus la télévision qu'ils ne fréquentaient les réseaux sociaux ou les portails tels que YouTube, Facebook, Hulu ou Netflix. La télévision demeure l'un des médias les plus plébiscités, avec un nombre d'utilisateurs croissant. Toutefois, la consommation en ligne de contenus vidéo est à la hausse. Selon les estimations pour l'année 2014, elle représenterait 91 % de la circulation des données sur internet, soit le double du pourcentage constaté pour 2012. On comptait dans le monde en 2013 le chiffre tout aussi impressionnant d'un milliard de terminaux mobiles en mesure de lire des vidéos. Dans le secteur de la publicité, la tendance est également positive. Aux Etats-Unis, des dépenses publicitaires en hausse sont attendues, à hauteur de 68 milliards d'USD pour le marché télévisé et de 5 milliards d'USD pour celui de la publicité numérique. Selon certaines projections, la part de la publicité numérique comparée à celle de la publicité télévisée devrait gagner 7 points de pourcentage dans les quatre années à venir (elle est de 9 % pour 2014).

Après avoir présenté le potentiel économique du marché pour les médias audiovisuels et les communications commerciales, Conor Murray a décrit les intérêts et besoins des consommateurs et des utilisateurs. Ces derniers souhaitent selon lui pouvoir profiter des différents médias sur des terminaux multiples, d'une façon personnalisée et interactive qui fasse la part belle aux réseaux sociaux et au divertissement. Le « deuxième écran » (*second screen*) prend ainsi de l'importance³. Grâce à des applications spécifiques (ou « applis »), ce sont les terminaux eux-mêmes qui stimulent l'audience et les recettes tout en fidélisant les utilisateurs, ce qui représente une nouvelle source de revenus. La diffusion de contenus exclusifs et de qualité, ainsi que le degré de notoriété et la réputation de marque fiable dont jouissent les télédiffuseurs constituent désormais leurs points forts. Cette image positive

1) L'atelier était modéré par Nico Van Eijk, professeur en droit des médias et des télécommunications à l'Université d'Amsterdam et directeur de l'Institut du droit de l'information (IViR), Amsterdam.

2) Directeur des affaires juridiques et publiques, Association des régies publicitaires radio et télévision européennes (EGTA), Bruxelles. Voir également l'article de Conor Murray dans la présente publication.

3) On entend par « deuxième écran » tout appareil supplémentaire équipé d'un écran (tablette ou smartphone, par exemple) qui offre des services complémentaires d'une émission diffusée de façon classique à la télévision, lesquels se rapportent directement à ladite émission.

peut contribuer au développement d'un « cycle » de divertissement intégrant plusieurs terminaux et applications. Des émissions de télé-réalité telles que *The Voice* en bénéficient déjà.

Dans ce contexte, Conor Murray a présenté à l'auditoire « CrossMates », un format de série d'un nouveau genre produit et diffusé par RTL Nederland⁴. Le spectateur suit son personnage préféré dans la série et interagit avec lui, tant pendant qu'après la diffusion. Il obtient ce faisant des informations sur la suite de l'intrigue. Les interprètes de la série ont accès aux avis et commentaires des spectateurs et peuvent y répondre. Ce format permet de resserrer les liens entre personnages et spectateurs, ces derniers attendant avec plus d'impatience encore l'épisode suivant. Plus l'utilisateur est actif, plus il reçoit d'informations sur le futur déroulement de l'émission. De nouvelles possibilités s'offrent ainsi aux annonceurs, car les personnages introduisent des produits sponsorisés dans l'émission et les fans actifs peuvent être récompensés au moyen de bons d'achat et de réduction. Le commerce électronique pourrait aussi en bénéficier par l'intermédiaire d'options d'achat (sur les vêtements portés par les acteurs, par exemple). L'exemple des Pays-Bas montre qu'une bonne articulation entre le « deuxième écran » et les programmes télévisés peut générer de nouvelles sources de revenus qui passent par des transactions et de nouvelles formes de publicité dynamiques, en temps réel.

L'intervenant a présenté ensuite un autre exemple de format innovant : l'application GTST Spring Levend produite par RTL Nederland à l'été 2013 en lien avec la série *Goede tijden, slechte tijden* (« GTST »), dont un épisode montrait l'un des personnages (non identifié dans un premier temps) succomber à un accident lors d'une sortie de parachutisme en formation⁵. A raison d'un par semaine, on découvrait peu à peu les personnages qui avaient survécu à ce saut en parachute. Des informations supplémentaires et des codes étaient communiqués aux adeptes de la série par l'intermédiaire de médias très divers. Les fans étaient récompensés de leur participation sous la forme de rencontres avec les comédiens et pouvaient faire connaître leurs hypothèses via différentes plateformes, contribuant ainsi à la résolution de l'énigme et au succès de l'émission. Des annonceurs étaient également intégrés à l'intrigue. L'application GTST Spring Levend a été téléchargée 500 000 fois, tandis que le site a enregistré 17 millions de clics. Il s'agit là d'un exemple d'interaction réussie entre applications de « deuxième écran » et émissions de télévision.

Pour finir, Conor Murray a abordé le cadre réglementaire et fait remarquer qu'il était de plus en plus difficile de différencier clairement les contenus soumis à réglementation de ceux qui ne l'étaient pas, une situation susceptible de nuire aux utilisateurs. En conséquence, le futur cadre réglementaire devrait mettre à contribution l'ensemble des parties intéressées. L'intervenant a également mis en garde contre les interruptions et les perturbations de la chaîne de valeur traditionnelle par des tiers. La conquête du moindre utilisateur fait l'objet d'une compétition, et il faut s'attendre dans ce cadre à ce que tous les acteurs du marché recherchent des modèles économiques adaptés.

2. Le marché de la publicité en ligne

Deuxième intervenant de la journée, Christian Grece⁶ a donné un aperçu du marché en ligne de la publicité *display* (c'est-à-dire faisant appel à des éléments graphiques ou visuels). Il a commencé par souligner que la publicité en ligne représentait un marché de 24,3 milliards d'EUR, ce qui la plaçait juste derrière la publicité télévisée, première avec un volume de 28,1 milliards d'EUR. L'intervenant a distingué globalement trois types de publicité en ligne. En premier lieu, la publicité liée aux recherches (« *search advertising* »), qui repose sur la mise en relation, lors de l'utilisation d'un moteur de recherche, entre les termes de la requête et une entreprise donnée ou son site. Deuxièmement, les petites annonces et les publicités dans les annuaires (« *classified advertising and directories* »), qui s'affichent principalement dans les versions en ligne des journaux et magazines, à part des autres contenus, dans des rubriques dédiées (« immobilier », « habillement » ou « automobile », par exemple).

4) Une vidéo en anglais au sujet de CrossMates est disponible sur : www.egta.com/egta_bites/egta_bites_51_04042014/video.html

5) Une vidéo en anglais au sujet de GTST : Spring Levend est disponible sur : www.egta.com/egta_bites/egta_bites_53_18042014/videos.html

6) Analyste, marché des services audiovisuels à la demande, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg. Voir également l'article de Christian Grece dans la présente publication.

Enfin, la publicité *display*, qui apparaît sur les pages web et fait usage de bannières, de pop-ups mais aussi, de façon croissante, de vidéos publicitaires.

En 2012, la publicité *display* a connu une progression de près de 10 % en comparaison de l'année précédente. D'une part, son marché se caractérise par une forte fragmentation due à la présence de différents acteurs tels que les annonceurs, les éditeurs et d'autres types d'entreprises (intermédiaires, par exemple). D'autre part, une tendance claire à la concentration du marché entre les mains d'un petit nombre d'entreprises à portée mondiale se dessine (les « poids lourds » tels que Google, Facebook, Microsoft ou Amazon). Celles-ci investissent l'ensemble de la chaîne de valeur afin de pouvoir offrir aux utilisateurs des solutions complètes.

Les principaux acteurs sur le marché de la publicité *display* sont les annonceurs et leurs agences, qui font la promotion de produits et de services. Entre les annonceurs et les éditeurs mettant à disposition leurs espaces publicitaires, se trouve une série de plateformes ou de réseaux. Les plateformes axées sur la demande (*demand-side platforms*) aident les annonceurs à piloter leurs campagnes de publicité en ligne et simplifient l'acquisition aux enchères de données d'utilisateurs grâce à un système centralisé. Les réseaux publicitaires (*ad networks*) jouent le rôle de courtier ou d'intermédiaire entre les annonceurs et les éditeurs. Ils amalgament des groupes d'utilisateurs et revendent les données qui les concernent afin de permettre un meilleur ciblage de la publicité. Les bourses d'annonces (*ad exchanges*) sont des places de marché numériques fondées sur le principe des enchères, qui facilitent l'achat et la vente d'annonces en temps réel. Les emplacements publicitaires sont adjugés aux enchères via des algorithmes automatisés. Au moyen de cookies ou d'autres technologies, les sociétés de reciblage publicitaire (*retargeting firms*) collectent des informations au sujet des utilisateurs, afin d'adresser la bonne publicité à l'internaute concerné. L'identification du consommateur qui, à un moment donné, va être exposé à une publicité intéressante pour lui, est un enjeu central pour les annonceurs.

En matière de publicité en ligne, il est en outre important de déterminer le moment propice auquel le message promotionnel va atteindre l'utilisateur. Des processus de vente automatisés et programmés (*programmatic ad buying*) sont de plus en plus souvent mis en place ; c'est le cas dans les enchères en temps réel (*real-time bidding*), grâce auxquelles un espace est attribué en temps réel au message publicitaire du plus offrant. Les enchères reposent sur des algorithmes qui attribuent automatiquement les messages publicitaires à certains profils d'utilisateurs. S'agissant du choix d'un destinataire adapté pour la publicité, Christian Grece a évoqué la possibilité d'établir des profils au moyen du *big data* et souligné l'importance des réseaux sociaux tels que Facebook et Twitter en la matière.

Pour finir, l'intervenant a évoqué le développement de la publicité mobile, portée par l'utilisation croissante de téléphones et autres terminaux portables. Grâce à l'expansion des réseaux à haut débit, des volumes croissants de données – et par là même de contenus audiovisuels – peuvent être transmis plus aisément et plus rapidement. Les prévisions indiquent que le marché de la publicité mobile devrait quadrupler entre 2013 et 2017, passant de 3,58 à 15,18 milliards d'USD. Dans ce laps de temps, l'usage d'internet sur les téléphones mobiles et l'utilisation de tablettes devraient également s'accroître. De nouvelles perspectives s'offrent tant aux annonceurs qu'aux fournisseurs de services de médias audiovisuels (télédiffusés ou non) pour exploiter le « deuxième écran » (du téléphone portable) et générer de nouvelles sources de recettes. Cependant, Christian Grece a précisé qu'il était encore difficile à ce stade de financer les contenus par la publicité sur téléphone portable, faute de rentabilité. Les coûts très bas de la publicité mobile engendrent en effet de faibles marges bénéficiaires. En conséquence, l'ampleur et la portée du modèle économique sont d'autant plus importantes. Cette situation est favorable aux grandes entreprises qui occupent déjà une position dominante sur le marché.

Au cours du débat qui a suivi, Christian Grece a expliqué que les cookies ne pouvaient être employés sur les appareils mobiles, pour des raisons techniques. A la place, il est désormais nécessaire d'élaborer un profil de l'utilisateur sur la base de ses différents terminaux. Pour ce faire, il est recouru à des techniques de localisation ou à d'autres mesures visant à isoler les caractéristiques propres à un utilisateur donné. Un participant a souligné que la très grande majorité des spectateurs regardait la télévision en direct. Sur les 10 % restant, la moitié consomme les émissions en décalé, mais le jour de leur diffusion télévisée. Selon les sondages, les spectateurs se sentent attirés par l'écran le plus grand (celui du téléviseur). Cette constatation a été confirmée par Conor Murray, qui a renvoyé à d'autres études montrant que le fait de devoir renoncer à la télévision était le sacrifice qui provoquait le plus de mécontentement chez les participants.

Quelques questions ont été posées concernant les services innovants présentés par Conor Murray (CrossMates et l'application GTST Spring Levend). Un participant a indiqué que l'interaction par SMS entre les acteurs de la série et les utilisateurs relevait, aux Pays-Bas, du cadre juridique relatif aux services de télécommunications. En conséquence, certaines prescriptions, par exemple concernant le temps de mise en attente ou les recettes générées, s'appliquent aussi à un tel modèle économique innovant et doivent être respectées par les annonceurs. Un autre participant a observé que les services supplémentaires destinés au « deuxième écran » ciblaient pour l'essentiel un public jeune. En réponse, Conor Murray a indiqué que les fournisseurs et les diffuseurs étaient conscients de l'évolution démographique en cours et comptaient intégrer davantage, à l'avenir, la génération plus âgée dans les nouveaux modèles économiques. Pour finir, un dernier participant a insisté sur le fait que ces formats néerlandais ne constituaient que des exemples conçus pour un public bien particulier. Ces formats ne devraient selon lui en aucun cas être considérés comme une nouvelle norme, mais bien plus comme des produits de niche. Les radiodiffuseurs devraient en conséquence se montrer flexibles et adopter une série de mesures pour contrer la convergence accrue et la perte de spectateurs vers les médias en ligne.

II. Le cadre juridique actuel : les dispositions du droit de la publicité à l'échelon européen dans un monde de convergence

Dans la deuxième partie de l'atelier, Mark D. Cole⁷ a présenté le régime juridique des communications commerciales dans l'Union européenne en s'attachant particulièrement à son adéquation dans un contexte de convergence.

Il a noté pour commencer que quantité de prescriptions et de textes de loi pouvaient potentiellement s'appliquer, aucune norme de l'Union européenne ne concernant à ce jour exclusivement et spécifiquement les communications commerciales dans les médias convergents. En réalité, le droit a été adapté rétrospectivement aux nouveaux services et technologies. Le point de départ de l'analyse est la Directive Services de médias audiovisuels⁸ (SMAV), reconnue y compris par la Commission européenne dans son Livre vert⁹ d'avril 2013 comme un texte législatif central. On peut se demander par ailleurs si la communication interprétative relative à la publicité télévisée¹⁰ est encore à même de fournir des réponses concrètes, dans la mesure où elle date d'une dizaine d'années et a été publiée à l'époque sous le régime de la Directive Télévision sans frontières¹¹, remplacée depuis par la Directive SMAV. Malgré les bouleversements économiques rapides, les dispositions de la Directive SMAV sont juridiquement contraignantes.

La directive distingue deux types de services de médias audiovisuels : les communications commerciales, d'une part, et les contenus audiovisuels, de l'autre. Cette distinction souligne la nécessité d'une réglementation à part entière pour les communications commerciales. La réglementation de la publicité vise au premier chef à protéger les consommateurs de la publicité excessive, ainsi que l'a reconnu la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹² (CJUE). Les utilisateurs exerçant un plus grand contrôle sur les services à la demande, la Directive SMAV repose sur un système de

7) Professeur en droit des nouvelles technologies de l'information, des médias et de la communication, Université du Luxembourg. Voir également l'article de Mark D. Cole dans la présente publication.

8) Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels ») (version codifiée), JO L 95 du 15 avril 2010, p. 1, et rectificatif JO L 263 du 6 octobre 2010, p. 15, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010L0013&qid=1404201137112&from=FR>

9) Commission européenne, Livre vert « Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent : croissance, création et valeurs », COM(2013) 231 final du 24 avril 2013, disponible sur : https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/convergence_green_paper_fr_0.pdf

10) Communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la directive « Télévision sans frontières » concernant la publicité télévisée, JO C 102 du 28 avril 2004, p. 2, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0428%2801%29:FR:HTML>

11) Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 298 du 17 octobre 1989, p. 23, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex:31989L0552>, modifiée par la Directive 97/36/CE, JO L 202 du 30 juillet 1997, p. 60, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0036&qid=1404201346061&from=FR>

12) CJUE, Affaire C-245/01, *RTL Television GmbH contre Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Rec. 2003, p. I -12489 (EU:C:2003:580), point 64.

réglementation graduée, qui encadre les services linéaires (télévisuels) plus strictement que les services de médias non linéaires (à la demande).

L'intervenant a ensuite donné un aperçu des prescriptions pertinentes fixées dans la Directive SMAV. Outre des règles générales, telles que les obligations d'information précisées à l'article 5 ou l'interdiction de discrimination énoncée à l'article 6, les dispositions spécifiques aux communications commerciales audiovisuelles sont codifiées dans les articles 9 à 11 de la directive. L'article 9 est la disposition centrale qui reprend les principes essentiels applicables à la publicité télévisée pour les transposer aux communications commerciales. Dans ses termes, les communications commerciales doivent être « facilement reconnaissables comme telles¹³ ». L'article 9 fixe aussi des exigences de contenu, relatives à l'interdiction des discriminations ou de toute atteinte à la dignité humaine¹⁴. Les communications commerciales ne sauraient en outre faire la promotion de certains produits et services tels que les cigarettes ou les médicaments disponibles uniquement sur ordonnance¹⁵. Les communications commerciales portant sur des boissons alcooliques sont cependant autorisées à certaines conditions¹⁶. L'article 9 de la directive garantit également la protection des mineurs, un groupe cible important pour les nouveaux médias. L'intervenant a ensuite évoqué les prescriptions relatives au parrainage et au placement de produit. Ces deux types de communications commerciales ne sont autorisés que sous certaines conditions. Ainsi, il est interdit d'influencer le contenu et (dans le cas d'émissions télévisées) la programmation des services de médias parrainés ou contenant des placements de produits « de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias¹⁷ ». Mark D. Cole a souligné qu'une grande partie des services proposés sur internet se trouvaient exclus du domaine d'application de la Directive SMAV, dans la mesure où ils échappaient régulièrement au critère de responsabilité éditoriale. Pour ces services, toutefois, les dispositions de la directive sur le commerce électronique¹⁸ devraient être suffisantes. Celle-ci s'applique aux services de la société de l'information, mais aussi aux communications commerciales¹⁹, pour lesquelles elle établit toutefois peu de règles substantielles. Son article 6 impose un certain nombre d'informations à fournir : ainsi, une communication commerciale « doit être clairement identifiable comme telle » et il doit être possible d'identifier la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite²⁰. Ces dispositions renforcent la transparence et par là même la protection des consommateurs.

Au chapitre des textes législatifs spécifiques visant à garantir la protection des consommateurs, Mark D. Cole a présenté la directive relative aux pratiques commerciales déloyales²¹, qui protège les consommateurs contre les pratiques déloyales mises en œuvre par les entreprises à leur rencontre. Les communications commerciales peuvent être considérées comme des pratiques commerciales déloyales lorsqu'elles incitent le consommateur à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise autrement²². L'intervenant a évoqué en outre l'annexe I de la directive qui énumère les pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Le fait d'« utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit » sans que le consommateur en soit explicitement informé est ainsi susceptible de l'induire en erreur²³. De même, le fait d'inciter directement les enfants à acheter le produit faisant l'objet d'une publicité est considéré comme une pratique commerciale agressive et interdite²⁴.

13) Article 9, paragraphe 1, point a), de la Directive SMAV.

14) Article 9, paragraphe 1, point c) i) et ii), de la Directive SMAV.

15) Article 9, paragraphe 1, points d) et f), de la Directive SMAV.

16) Article 9, paragraphe 1, point e), de la Directive SMAV.

17) Article 10, paragraphe 1, point a), et article 11, paragraphe 3, point a), de la Directive SMAV.

18) 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 »), JO L 178 du 17 juillet 2000, p. 1, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&qid=1404201527472&from=FR>

19) Article 2, point a), de la directive sur le commerce électronique, en lien avec l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la Directive 98/34/CE, telle que modifiée par la Directive 98/48/CE.

20) Article 6, points a) et b), de la directive sur le commerce électronique.

21) Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO L 149 du 11 mai 2005, p. 22, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&rid=1>

22) Article 2, point d), de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, en lien avec son article 5.

23) Annexe I, point 11, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

24) Annexe I, point 28, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

Le droit relatif à la protection des données méritant également être examiné, Mark D. Cole a évoqué la directive générale relative à la protection des données de 1995²⁵, ainsi que la directive vie privée et communications électroniques de 2002²⁶, modifiée en 2009. La grande difficulté, selon l'intervenant, est la définition du consentement par lequel l'utilisateur accepte le traitement de ses données. L'utilisateur devrait être informé préalablement en cas de collecte de données, par exemple aux fins de la constitution de profils²⁷ (système d'*opt-in*). L'ampleur des informations nécessaires pour recueillir un consentement légalement valable reste matière à débat. La modernisation du droit relatif à la protection des données, et en particulier de la directive relative à la protection des données de 1995, est en cours grâce à l'élaboration d'un règlement général à ce sujet²⁸. Mark D. Cole a abordé brièvement la définition du « profilage » proposée par le Parlement européen et le droit de la personne de s'opposer à l'établissement d'un tel profil. Toutefois, selon l'intervenant, la façon dont serait recueilli le consentement de l'utilisateur reste encore incertaine, de même que la nature des informations le concernant qu'il devrait mettre à disposition.

Le droit de la concurrence a lui aussi une incidence en matière de communications commerciales. L'intervenant a souligné qu'un petit nombre de sociétés américaines occupaient une position dominante sur le marché. La Commission européenne a développé l'application extraterritoriale du droit de l'Union dans ses décisions relatives au contrôle des concentrations et aux abus de position dominante (par exemple dans l'affaire Google). Ce processus a en outre servi de modèle dans l'élaboration du règlement général sur la protection des données. Pour finir, Mark D. Cole a relevé, comme Christian Grece, une diversification des acteurs de la chaîne de valeur et proposé un système de partage des compétences et des responsabilités entre les annonceurs, les fournisseurs de services de médias et les opérateurs de plateformes. Il a conclu son intervention en évoquant la problématique juridictionnelle, qui se trouve aggravée du fait que certains prestataires proposent leurs services dans plusieurs Etats membres.

Dans le débat qui a suivi, l'assistance a demandé à l'intervenant quelles étaient, parmi les nombreux textes évoqués, les règles qu'il estimerait prioritaire de modifier pour tenir compte du phénomène de convergence. Mark D. Cole a répondu que, dans le cadre d'une modernisation, il opterait pour un élargissement de la portée de la définition des services de médias audiovisuels contenue dans la Directive SMAV. Même étendue, cette notion ne pourrait cependant pas englober toutes les formes de contenus audiovisuels, telles que les contenus créés par les utilisateurs ou la presse électronique. L'intervenant a ajouté qu'une telle modification ne saurait rester isolée et aurait des conséquences sur les règles matérielles fixées par la Directive SMAV, lesquelles devraient être ajustées à ce domaine d'application élargi.

25) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23 novembre 1995, p. 31, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:01995L0046-20031120&rid=1>

26) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »), JO L 201 du 31 juillet 2002, p. 37, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:02002L0058-20091219&rid=1>, modifiée par la Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, JO L 337 du 18 décembre 2009, p. 11, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0136&from=FR>

27) Article 5, paragraphe 3, de la directive vie privée et communications électroniques.

28) Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final, 25 janvier 2012, disponible sur : www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282012%290011_/com_com%282012%290011_fr.pdf ; Parlement européen, Résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), disponible sur : www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0212+0+DOC+XML+V0//FR

Un participant a fait allusion aux formes de publicité d'un nouveau genre telles que la publicité dite « native » (*native advertising*) ou les chaînes de marque de diffuseurs²⁹ (*branded channels*) et pointé des formulations contradictoires dans la Directive SMAV. Si la notion de service de médias audiovisuels fait l'objet d'une définition à part entière dans l'article 1, paragraphe 1, point a) ii), de la Directive SMAV, les communications commerciales audiovisuelles sont définies à l'article 1, paragraphe 1, point h), comme « des images » qui « accompagnent un programme ou y sont insérées ». Le participant s'est enquis si la Directive SMAV, malgré ces imprécisions, s'appliquait également aux services diffusant uniquement des communications commerciales et échappant régulièrement au critère établi dans l'article 1, paragraphe 1, point h), de la directive. Mark D. Cole a comparé ce problème aux libellés divergents des prescriptions relatives à la protection des mineurs dans les articles 12 et 27 de la Directive SMAV. Si l'article 12 fait référence aux *services* de médias audiovisuels à la demande et a donc apparemment une application plus large, l'article 27 concerne les émissions. Concernant la notion de « communications commerciales audiovisuelles », l'intervenant a dit estimer que son libellé se rapprochait de la définition de la publicité. Même si le terme de « communication commerciale » est interprété plus largement que celui de « publicité », les dispositions matérielles contenues dans la Directive SMAV sont la plupart du temps valables pour les communications commerciales en lien avec des émissions. L'intervenant a indiqué qu'il n'excluait pas que la Directive SMAV puisse s'appliquer aux catalogues de communications commerciales, mais que la question était de savoir quelles prescriptions de la directive pourraient alors être utilement appliquées, au-delà de ses articles 9 à 11.

Un autre participant a commenté ce point en évoquant l'expérience de son pays et rapporté certains échanges entre l'autorité de régulation nationale et la Commission européenne au cours de la phase de transposition de la directive. Il a expliqué que la définition autonome contenue dans l'article 1, paragraphe 1, point a), de la directive avait été adoptée sous la pression des Etats membres afin de faire en sorte que son champ d'application inclue les chaînes publicitaires ou les services proposant exclusivement des communications commerciales.

Un autre participant a indiqué avoir constaté un changement de paradigme concernant deux aspects essentiels. Tout d'abord, la régulation de la publicité, qui a toujours été perçue comme légitime par les acteurs du secteur comme par la société, les annonceurs ayant accepté les limites posées à leurs activités par la réglementation. Aujourd'hui, il est toutefois devenu difficile d'identifier un « consommateur moyen ». Les nouvelles formes de publicité, telles que la publicité ciblée (*targeted advertising*) ne remettent-elles pas en question les limites préalablement établies ? Deuxièmement, la réglementation en vigueur repose sur une différenciation entre contenus éditoriaux et commerciaux. La diffusion de publicités et d'autres informations commerciales est autorisée à certaines conditions, destinées à préserver l'intégrité des contenus éditoriaux. Avec les nouveaux médias et les nouvelles formes de publicité, les frontières entre ces deux types de contenus se brouillent de plus en plus. Les informations commerciales pourraient faire leur entrée dans les reportages et les journaux télévisés, comme le montrent les exemples néerlandais présentés par Conor Murray. Au vu de cette évolution, ne faudrait-il pas repenser la distinction entre l'éditorial et le commercial ? Mark D. Cole a dit estimer que la Directive SMAV ne devrait plus être considérée comme l'unique instrument permettant d'aborder les nouveaux médias. La protection des données et le cadre juridique relatif aux pratiques commerciales déloyales ont en effet pris de l'importance. L'intervenant a proposé de réduire la Directive SMAV aux règles relatives aux contenus éditoriaux, par exemple concernant les normes minimales (interdiction des discriminations ou préservation de la diversité des médias et du pluralisme). D'autres instruments juridiques seraient mieux adaptés pour réglementer les effets des communications commerciales sur les utilisateurs, notamment les aspects relatifs à l'identification des publicités et le devoir d'information vis-à-vis des consommateurs. L'intervenant n'a pas voulu présumer de la question de savoir si les textes existants relatifs à la protection des données et aux pratiques commerciales déloyales garantissaient déjà une protection suffisante de l'utilisateur. Il a cependant évoqué la possibilité d'une révision, tout en faisant remarquer que de telles modifications à l'échelon européen n'auraient de toute façon pas lieu dans un avenir proche. C'est ce que nous ont enseigné l'élaboration et l'adoption de la Directive SMAV, marquées par des négociations interinstitutionnelles de longue haleine. Le livre vert adopté par la Commission en avril 2013 souligne que des changements sont nécessaires, mais omet de

29) Dans le cas de la publicité native, les annonces sont conçues dans un style journalistique et rédactionnel, puis placées dans l'environnement naturel du média, de sorte qu'il est difficile pour l'utilisateur de les identifier comme telles. Quant aux chaînes de marque, il s'agit de chaînes dont la grille est consacrée à la diffusion de communications commerciales.

formuler des propositions concrètes ou d'établir un calendrier. En conséquence, Mark D. Cole a appelé à envisager des solutions différentes et plus flexibles que la seule hypothèse d'une révision de la Directive SMAV.

III. Défis posés par les nouvelles formes de communications commerciales

La troisième partie de l'atelier était consacrée à un certain nombre de questions importantes dans un environnement publicitaire convergent : d'une part, les signes annonciateurs de changement en matière de responsabilité éditoriale pour la publicité (point 1) et, d'autre part, les aspects relatifs à la protection des données dans la mise en œuvre de la publicité comportementale, du point de vue tant de l'utilisateur que du fournisseur (point 2).

1. Responsabilité éditoriale et contrôle

Dans son intervention, Ross Biggam³⁰ a abordé les défis que posent les nouvelles formes de communications commerciales s'agissant de la responsabilité éditoriale et du contrôle exercé par les télédiffuseurs. La publicité reste l'une des principales sources de revenus dans le secteur de la télévision et contribue notamment à sa pérennité par l'intermédiaire du réinvestissement des recettes dans des programmes de télévision. L'intervenant a établi un parallèle avec les évolutions constatées sur le marché de la publicité, lesquelles ont conduit la Commission à adopter en 2004 une communication interprétative³¹, publiée à l'époque en lien avec la Directive Télévision sans frontières³². Dans cette communication, la Commission préconisait que les nouvelles techniques publicitaires, telles que la publicité sur écran partagé (*split-screen*), la publicité interactive ou virtuelle, soient jugées compatibles avec la directive et que cette dernière soit interprétée conformément au principe « *in dubio pro libertate* »³³.

Avec le renforcement de la convergence et la révision de la directive, le débat sur le placement de produit est passé au premier plan. En témoigne la disposition correspondante désormais en vigueur dans la Directive SMAV, qui a fait ses preuves dans la pratique malgré une structure complexe. La possibilité d'intégrer du placement de produit dans certains programmes et moyennant le respect de certaines conditions a permis aux télédiffuseurs de tester une source de revenus supplémentaire. Sur le principe, le placement de produit ne saurait remplacer le traditionnel spot publicitaire de 30 secondes, mais il peut contribuer de façon non négligeable au flux de revenus des annonceurs.

Ross Biggam a abordé dans un deuxième temps les évolutions actuellement à l'œuvre pour tenter de réfuter la thèse selon laquelle la télévision ne se renouvellerait que relativement lentement. Il a fait remarquer que toutes les composantes de l'activité télévisuelle étaient aujourd'hui confrontées à de nouveaux défis et devaient se réinventer. La lenteur avec laquelle la télévision intègre les nouvelles réalités tient selon lui au fait que le marché télévisuel demeure stable, contrairement à la presse et à l'industrie du disque qui ont été contraintes par de profonds bouleversements à élaborer des modèles économiques innovants. En outre, le comportement des utilisateurs vis-à-vis des nouvelles technologies est difficile à évaluer ; tel est le cas par exemple de la « touche rouge » qui permet au spectateur de consulter des contenus supplémentaires, dans une démarche interactive, au cours d'une émission. L'intervenant a ensuite examiné certaines innovations sur le marché publicitaire qui étaient déjà annoncées l'année de la publication de la communication de la Commission et sont en cours de concrétisation. Selon lui, la publicité dite « native » (*native advertising*), qui mêle fortement contenus commerciaux et éditoriaux, témoigne de ce que les télédiffuseurs ne sont pas les seuls à réformer leur modèle économique, mais que les annonceurs s'y emploient aussi. En conséquence, on observe beaucoup de mouvement à l'échelon

30) Directeur général de l'Association des télévisions commerciales européennes (ACT). Voir également l'article de Ross Biggam dans la présente publication.

31) Communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la directive « Télévision sans frontières » concernant la publicité télévisée, JO C 102 du 18 avril 2004, p. 2.

32) Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 298 du 17 octobre 1989, p. 23.

33) Expression latine signifiant « dans le doute, opter pour la liberté ». Lorsque le législateur n'a pas formulé clairement une prescription, le droit qu'elle norme est interprété de façon très large.

interentreprises (*business to business*), car les annonceurs cherchent le moyen d'associer les modèles existants aux techniques porteuses d'avenir et issues d'internet qui reposent sur le traitement des données. Ainsi, Sky AdSmart, un service britannique, exploite des jeux existants de données d'utilisateurs pour diffuser à ces derniers des publicités taillées sur mesure. Concrètement, il utilise à des fins publicitaires les informations issues des contrats souscrits par les utilisateurs auprès d'un opérateur de télévision à péage. Les diffuseurs testeraient en outre les systèmes d'enchères en temps réel (*real-time auctions*), domaine dans lequel les technologies destinées aux écrans des téléviseurs ne sont pas encore à maturation.

De même, selon l'intervenant, de nouvelles formes de publicité émergent et évoluent en permanence. Le placement de produit virtuel et la publicité comportementale commencent progressivement à être employés. L'EDAA (*European Digital Advertising Alliance*, Alliance européenne de publicité numérique) est une initiative récente du secteur visant à faire adopter, avec le soutien de la Commission, des normes respectueuses des consommateurs concernant la publicité comportementale³⁴. Afin d'explicitier les possibilités qu'offre ce type de publicité pour l'avenir, Ross Biggam a montré une vidéo tournée par l'association australienne des télédiffuseurs privés³⁵. Il en ressort que les contenus télévisuels resteront à l'avenir diffusés auprès d'un large public, tandis que les coupures publicitaires seront personnalisées, ceci étant rendu possible par les techniques de reconnaissance faciale. Ces évolutions reposent sur l'hypothèse selon laquelle les spectateurs apprécient différents types de publicité selon qu'ils regardent la télévision seuls, avec leur conjoint, leurs enfants ou un groupe d'amis. C'est la raison pour laquelle ils seraient prêts à fournir certaines informations aux annonceurs, par exemple concernant le nombre de personnes qui se trouvent devant le poste à un moment donné. L'intervenant a souligné que de telles techniques constituaient une ingérence dans la vie privée, tout en estimant que certains groupes de spectateurs étaient prêts à livrer leurs données et informations pour se voir proposer des publicités personnalisées.

Les téléviseurs connectés constituent un autre défi pour le marché. La technologie permet tout à fait de faire apparaître à l'écran des publicités qui se superposent à une émission (*overlays*), ce qui compromet l'intégrité des contenus télévisuels. Il est techniquement possible qu'un tiers, à l'insu du télédiffuseur et du producteur, insère ainsi des publicités au cours d'une émission. Une version modernisée de la Directive SMAV devrait en conséquence aborder la question des tiers qui ne sont pas basés dans l'Union européenne. Selon l'intervenant, il s'agit là d'un aspect central du cadre réglementaire européen, dans la mesure où chaque chaîne fait l'objet de l'octroi d'une licence par l'autorité de régulation nationale. En vertu de cette licence, le télédiffuseur assume la responsabilité des contenus qu'il rend accessibles à un vaste public et ce mécanisme permet de lui imputer toute infraction commise. Dans l'hypothèse où les télédiffuseurs perdraient le contrôle exclusif de ce qui est diffusé sur les écrans et où les autorités de régulation ne seraient plus en mesure d'imposer les lois et les normes que celles-ci contiennent, il conviendrait de repenser ce principe de base. Comme Mark D. Cole, Ross Biggam a dit juger nécessaire d'engager un débat de grande ampleur, y compris concernant le droit de la protection des données, du commerce électronique et des pratiques commerciales déloyales, afin d'analyser les défis en vue.

Ce point transparaît également dans la contribution rédigée par l'Association des télévisions commerciales européennes concernant le livre vert de la Commission, qui recommande de passer d'un contrôle rapproché à une flexibilité accrue. Dans cette optique, certaines normes issues de la Directive SMAV devraient être maintenues. S'agissant des communications commerciales, les prescriptions concernant l'identification de la publicité sont ainsi incontournables, dans un souci de transparence accrue. De même, le critère de la responsabilité éditoriale, tout comme le principe connexe de l'intégrité du signal des chaînes, doivent être conservés. À l'avenir, une plus grande attention devra être accordée au critère de la responsabilité éditoriale. L'identification de la personne à qui incombe la responsabilité éditoriale des contenus diffusés est essentielle pour l'avenir de la Directive SMAV. L'approche libérale « *in dubio pro libertate* » est adaptée aux nouvelles formes de publicité. Les principes qui en découlent (responsabilité éditoriale et intégrité du signal télévisuel) sont, selon l'intervenant, essentiels et méritent d'être préservés.

34) Pour de plus amples informations, voir www.edaa.eu

35) La vidéo (en anglais) est disponible sur : www.thinktv.com.au/content_common/pg-watch-2.seo

Dans le débat qui a suivi, l'un des participants a attiré l'attention sur l'utilisation de cookies à des fins de publicité comportementale sur les sites web des télédiffuseurs privés néerlandais. Si les télédiffuseurs investissent de façon massive dans l'étude des centres d'intérêt de leurs spectateurs afin de placer au mieux de la publicité, des entités tierces pourraient exploiter leurs sites web et les informations relatives aux internautes qu'ils contiennent, ce qui s'apparenterait à un vol d'utilisateurs. Ross Biggam a rétorqué que bon nombre d'innovations étaient potentiellement à double tranchant. Les télédiffuseurs doivent cependant impérativement construire leur présence sur internet pour capter la fuite des téléspectateurs vers internet. La créativité de la publicité télévisuelle et la fiabilité des données relatives aux parts d'audience constituent un avantage structurel des chaînes.

Un autre participant a demandé si le secteur télévisuel considérait encore les chiffres d'audience comme une référence fiable. Confirmant ce point, un autre membre de l'auditoire a indiqué que la question n'était pas de disposer de données détaillées et exhaustives, mais de chiffres permettant d'impulser de nouveaux processus économiques (l'introduction d'un nouveau produit, présenté dans un nombre donné de magasins pour un temps limité). Contrairement à la publicité en ligne, la publicité télévisuelle reste un outil fiable et constitue une aide à la planification économique des entités pour le compte desquelles elle est diffusée.

Un participant a relevé des parallèles entre les différentes interventions et constaté un glissement d'une réglementation traditionnelle du marché de la télévision vers une perspective réglementaire plus large, touchant aussi aux pratiques commerciales déloyales. Ce phénomène va de pair avec un déplacement de la responsabilité, des télédiffuseurs vers les annonceurs. Un autre participant s'est montré dubitatif quant au fait que les annonceurs soient conscients de cette responsabilité, dans la mesure où ils créent des messages publicitaires sans s'interroger sur le droit qui leur est applicable. Ross Biggam a évoqué dans ce contexte le problème posé par la publicité figurant sur des pages web qui mettent à disposition des contenus illégaux et constituent de ce fait des infractions massives au droit d'auteur. Ces publicités se basent sur des algorithmes qui n'ont aucune personnalité juridique, ce qui complique l'application de la notion de responsabilité. Un participant a objecté que ces algorithmes, bien qu'automatisés, étaient nécessairement mis en œuvre et contrôlés par une personne physique ou morale. En outre, les quelques initiatives d'autorégulation entreprises par le secteur, comme la European Interactive Digital Advertising Alliance (EDAA) concernant la publicité comportementale, indiquent que les acteurs du marché réagissent de façon relativement rapide et concertée, ce qui laisse à penser qu'ils sont conscients de leur nouveau rôle, plus actif.

Le marketing affilié³⁶ est un motif de préoccupation pour le secteur, ni les fournisseurs de contenus, ni les annonceurs n'ayant probablement connaissance de ces contenus illégaux ou des communications commerciales diffusées. Des pratiques juridiquement douteuses se sont ainsi développées, telles que le « *browser locking* » qui consiste pour l'affilié à verrouiller le navigateur de l'utilisateur si celui-ci refuse d'effectuer une transaction. Il ne fait aucun doute que les annonceurs et les entreprises se préoccupent de la chaîne de responsabilité et sont désireux de respecter certaines normes, mais aussi d'assumer leurs responsabilités. Un participant a saisi l'occasion pour appeler à une implication plus forte du secteur publicitaire dans le débat actuel.

S'agissant de l'intégrité du signal télévisuel, Ross Biggam a expliqué que ce critère dépassait les seules limites de la Directive SMAV et devait être pensé dans le contexte plus vaste du droit d'auteur, en réaction au piratage et aux problèmes de distribution. Ainsi, dans la Communauté flamande de Belgique, un règlement relatif à la protection de l'intégrité du signal en cas de diffusion non autorisée a été adopté. Un participant a évoqué la dimension de ce principe relative au droit des télécommunications, laquelle ne concerne cependant que l'intégrité technique du signal. Dans le cas des *overlays* qui apparaissent sur l'écran du téléviseur, la perturbation du signal n'est toutefois pas d'ordre technique ; ce point remet en question l'application à ce type de publicités des prescriptions issues du droit des télécommunications. Le rôle des producteurs d'équipement a également été abordé, car ils participent de façon croissante à la sécurisation de l'intégrité du signal. En leur qualité de « contrôleurs d'accès », les fabricants d'appareils sont en effet aux premières loges pour peser sur le choix des services proposés sur leurs portails. Il s'ensuit qu'une certaine responsabilité leur incombe concernant l'intégrité des

36) Le marketing affilié consiste, pour l'« affilié », à proposer sur son site web un espace qu'un fournisseur de biens ou de services utilise à des fins publicitaires. Le commerçant peut savoir, au moyen d'un numéro d'identification, grâce à quel affilié il a acquis un client donné, et le rémunérer alors par une commission.

contenus mis à disposition par les télédiffuseurs ou les autres fournisseurs. Pour finir, la distinction problématique entre contenus et publicité a été évoquée. Ross Biggam a confirmé que cette différenciation devrait rester ancrée dans le cadre réglementaire à l'avenir. Il a souligné en outre que l'impératif de transparence ne devait pas s'appliquer au détriment du confort de visionnage des spectateurs et des utilisateurs, et a appelé de ses vœux une solution respectueuse des utilisateurs, passant notamment par des formulations compréhensibles. Des études empiriques sont également nécessaires pour mesurer l'effet sur les consommateurs des dispositifs d'identification des publicités et des messages d'avertissement ; elles pourraient conduire à des exigences de transparence optimisées.

2. Les limites à la liberté de la publicité posées par le droit de la protection des données

Dans son intervention, Frederik Zuiderveen Borgesius³⁷ a donné un aperçu des bases du droit de la protection des données et des conditions préalables au recours à la publicité comportementale.

Il a tout d'abord présenté les étapes nécessaires à la mise en œuvre de ce type de publicité, dont la première est l'observation du comportement en ligne de l'utilisateur. Dans un deuxième temps, ces données sont sauvegardées et analysées, puis une sollicitation publicitaire ciblée est adressée à l'utilisateur.

Illustrant son propos de nombreuses captures d'écran éloquentes, Frederik Zuiderveen Borgesius a montré comment se présentait concrètement la publicité comportementale pour l'utilisateur. Parmi les aspects marquants de sa démonstration figurent les outils de suivi – parfois très nombreux – qui permettent de collecter et d'exploiter les informations relatives au comportement de navigation de l'internaute.

Frederik Zuiderveen Borgesius a ensuite détaillé les dispositions en vigueur relatives à la protection des données et constaté, en référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁸, que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pouvait s'appliquer à l'observation des comportements privés en ligne. Le groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données³⁹ a déterminé que la publicité comportementale entraînait un traitement de données à caractère personnel, car « ces dispositifs permettent d'identifier les personnes concernées, même si leurs noms ne sont pas connus⁴⁰ ».

Comme l'a signalé l'intervenant, l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne établit que les données à caractère personnel doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Dans la mesure où il n'existe à l'heure actuelle pas de réglementation spécifique concernant la publicité comportementale, le seul critère en la matière est celui du consentement. Frederik Zuiderveen Borgesius a souligné l'importance particulière des obligations fixées par la directive 95/46/CE relative à la protection des données⁴¹ en matière de transparence, ainsi que les possibilités qu'elle offre à l'utilisateur de revenir sur son consentement et de mettre fin au traitement de ses données.

37) Doctorant à l'Institut du droit de l'information (IVIIR), Université d'Amsterdam. Voir également l'article de Frederik Zuiderveen Borgesius dans la présente publication.

38) Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 3 avril 2007, affaire *Copland c. Royaume-Uni*, requête n° 62617/00.

39) Ce groupe de travail a été créé en vertu de l'article 29 de la Directive 95/46/CE. Il forme l'organe consultatif indépendant de l'Union européenne pour les questions relatives à la protection des données. Son mandat est défini dans l'article 30 de la Directive 95/46/CE, ainsi que dans l'article 15 de la Directive 2002/58/CE.

40) Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne (WP 171) du 22 juin 2010, p. 11, disponible sur : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_fr.pdf

41) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

Conformément à la Directive 2002/58/CE relative à la vie privée et aux communications électroniques⁴², le stockage ou la lecture d'informations (par exemple par l'intermédiaire de cookies ou de dispositifs analogues) sur le terminal de l'utilisateur sont autorisés à condition que celui-ci donne son consentement sur la base d'informations claires et complètes. Sur le fond, cette disposition est également applicable aux téléviseurs intelligents.

Frederik Zuiderveen Borgesius a ensuite illustré, sur la base d'exemples issus des Pays-Bas, le processus d'obtention du consentement au stockage de cookies. En règle générale, l'utilisateur est face à une alternative : il peut soit accepter le traitement de données, soit renoncer à utiliser l'offre. S'il choisit de refuser, il ne pourra en effet pas accéder au site concerné.

En conséquence, l'intervenant a préconisé que les fournisseurs de service public se voient interdire l'utilisation de ces « tableaux de pistage » (*tracking walls*) ou limitent à tout le moins l'exploitation des données à leurs propres services. L'exclusion d'un utilisateur soucieux de la protection de ses données est en effet incompatible avec un mandat de service public.

De manière générale, la personnalisation des services devrait amener à proposer à tout moment un bouton « pause » ou « arrêt ». L'utilisateur devrait pouvoir revenir sur son consentement, non seulement concernant la publicité ciblée, mais, plus globalement, s'agissant du suivi de son comportement en ligne.

Parallèlement, Heiko Zysk⁴³ a exprimé son point de vue de fournisseur de contenus sur la question de la publicité et de la protection des données. Il a précisé les possibilités qu'offrent aux fournisseurs de services de médias audiovisuels les nouvelles formes de publicité. Tenant compte de leurs répercussions en matière de protection des données, il a proposé quelques réflexions sur les défis d'une réglementation du monde des médias à l'heure de la convergence.

Selon l'intervenant, la disparition progressive de la séparation entre médias linéaires classiques et offres typiquement non linéaires doit également conduire à une adaptation de la réglementation relative aux médias, y compris en matière de protection des données. En ce sens, il a suggéré une participation accrue des utilisateurs et des fournisseurs, dans l'optique d'une réglementation convergente. Pour ce faire, des dispositions législatives pourraient être associées à une autorégulation ou une corégulation plus rationnelles et plus efficaces, à l'échelon mondial.

Heiko Zysk a jugé que les trois parties prenantes – fournisseurs, utilisateurs et législateurs – avaient encore beaucoup à apprendre concernant la convergence et les changements qu'elle entraîne.

Les fournisseurs devraient comprendre qu'ils ne s'assureront une réussite économique pérenne qu'en gagnant la confiance des utilisateurs quant au traitement responsable qu'ils appliquent à leurs données. Actuellement, il n'existe pas encore de système susceptible d'indiquer aux internautes, de façon simple et compréhensible, quel usage sera fait des données qu'ils transmettent, comment sont sécurisées ces données et à quels contrôles est soumise l'entité qui les collecte. Un contrat d'utilisation de plusieurs pages ne saurait toutefois constituer la solution, quand bien même il serait irréprochable d'un point de vue juridique : dans la plupart des cas, le consentement nécessaire des utilisateurs serait recueilli sans que ceux-ci aient réellement lu le contrat.

De l'avis de Heiko Zysk, les utilisateurs doivent comprendre que la plupart des services qui semblent disponibles gratuitement ont néanmoins besoin d'être financés d'une façon ou d'une autre. En conséquence, ils devaient accepter de ne pas pouvoir accéder à certaines offres dès lors qu'ils ne sont pas prêts à payer pour ce faire, que ce soit en numéraire ou par leurs données.

Dans le cadre de l'élaboration d'une réglementation relative à la protection des données, l'intervenant a déclaré attendre du législateur une approche holistique couvrant tous les acteurs, mais aussi un

42) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »), JO L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

43) Vice-président chargé des relations gouvernementales et des questions européennes, ProSiebenSat.1 Media AG. Voir également l'article d'Heiko Zysk dans la présente publication.

degré élevé de flexibilité. Il est important à ce titre de concevoir l'application territoriale des textes de telle façon que ceux-ci couvrent également les entreprises qui ne sont pas établies dans l'Union européenne, mais y réalisent des bénéfices grâce aux internautes européens. Cette réglementation ne devra en outre pas se contenter de mettre à disposition un simple bouton « *opt in/opt out* ». L'utilisateur doit disposer de possibilités plus larges que la seule alternative entre le retrait pur et simple d'internet et le partage sans restriction de ses données.

Pour Heiko Zysk, les solutions résident avant tout dans l'établissement d'un cadre européen commun par l'intermédiaire du règlement général en projet sur la protection des données ; il a préconisé d'engager à ce sujet un dialogue à l'échelle mondiale. Pour ce faire, il est indispensable d'associer plus étroitement les acteurs du marché à l'élaboration de normes ou de codes dans le cadre de modèles d'autorégulation et de corégulation. Dans la pratique, enfin, il serait possible d'envisager la mise en œuvre de marquages d'homologation. Les offres répondant aux exigences législatives de base se verraient attribuer un label « argent » ; celles permettant à l'utilisateur d'exercer un plus grand contrôle sur ses données recevraient un label « or ». De telles mesures permettraient aux internautes de garder la maîtrise de l'utilisation de leurs données, au-delà du minimum requis par la législation.

L'un des participants au débat organisé par la suite a abondé dans le sens de l'intervenant : les fournisseurs de l'économie numérique peuvent désormais considérer les données comme une véritable monnaie. Il a cependant demandé qui fixait le « cours de son change » et donc en quelque sorte la valeur d'une donnée. Heiko Zysk a renvoyé métaphoriquement à l'image d'une sortie au restaurant. La valeur d'un bon repas ne peut être évaluée dans l'absolu, car elle dépend de ce qui est proposé au cas par cas. Dans l'idéal, l'entreprise devrait présenter sous une forme compacte son offre à l'internaute et la façon dont elle compte utiliser ses données ; l'intéressé pourrait alors décider par lui-même si le jeu en vaut la chandelle. Pour gagner la confiance des utilisateurs, les entreprises devraient toutefois veiller à ce que l'objet du traitement de données ne soit pas détaché du service qu'elles proposent. Face aux innombrables entités tierces à considérer, le même participant, revenant à la charge, a dit douter qu'il soit possible en pratique de fournir une information à la fois compacte et exhaustive concernant l'utilisation des données. Heiko Zysk en a convenu, dans la mesure où la procédure précédemment évoquée ne saurait garantir une information parfaitement exhaustive ou une sécurité totale. Il a toutefois réaffirmé qu'il s'agissait d'un point de départ acceptable. Si les conditions de l'utilisation des données par le tiers devaient évoluer, il serait nécessaire de « négocier » à nouveau le consentement de l'utilisateur.

Sur ce point, une participante a avancé qu'il serait tout à fait possible d'exiger de l'utilisateur qu'il lise attentivement les termes d'une « politique de confidentialité » avant de l'accepter, en vue de pouvoir utiliser un service. Par ailleurs, les associations de défense des consommateurs ont de plus en plus tendance à attaquer en justice ces différentes politiques de confidentialité au motif de leur défaut d'équité et de clarté, et à obtenir gain de cause. Un autre membre de l'assistance a demandé à Heiko Zysk qui serait responsable de l'éducation des utilisateurs dans ce contexte. En matière de circulation routière, par exemple, c'est l'Etat qui assume ce rôle sous la forme d'une prérogative exclusive de délivrer les permis de conduire. Toutefois, on est en droit de se demander si un constructeur automobile ne devrait pas lui aussi veiller à ce que les utilisateurs puissent se servir correctement des voitures qu'il fabrique, puisqu'il a tout intérêt à ce que l'on achète ses produits. Tout en reconnaissant que les entreprises devraient contribuer à sensibiliser les utilisateurs, Heiko Zysk a écarté l'idée qu'elles soient investies d'une responsabilité plus vaste, relative à l'éducation des utilisateurs. Il demeure qu'un consommateur récurrent est particulièrement précieux pour un fournisseur de services, de sorte qu'une participation transparente des utilisateurs aux différents processus aurait tout son sens.

Rebondissant sur l'approche « à prendre ou à laisser » évoquée par Frederik Zuiderveen Borgesius, une participante a fait remarquer qu'elle était inopérante face aux entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché. Dans le cas de certains services modernes – Facebook par exemple – la non-utilisation n'est parfois pas une option acceptable pour un individu. La question d'un abus de position dominante pourrait du reste également être posée.

Un autre participant a salué la proposition, formulée par Frederik Zuiderveen Borgesius, d'interdire la publicité comportementale dans les offres de service public. Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que l'utilisation d'outils de suivi (*tracking tools*) n'est pas l'apanage du seul secteur de la publicité, mais concerne aussi d'autres types d'exploitation des comportements de navigation. Se pose en outre la question de savoir jusqu'où pourrait aller une réglementation des prestataires privés dans ce domaine. Frederik Zuiderveen Borgesius a précisé que les règles existantes en matière de protection des

données prévoyaient déjà des mesures préventives strictes, même une fois recueilli le consentement de l'utilisateur, concernant les usages autorisés des données (par exemple, des dispositions relatives à la transparence et à l'équité, ainsi qu'au principe d'économie des données). Dans de nombreux cas, il ne serait donc pas nécessaire d'adopter une réglementation supplémentaire, mais plutôt de mieux appliquer les dispositions existantes.

Un participant a établi une comparaison avec la situation aux Etats-Unis, où les différends les plus marquants dans ces domaines ont été tranchés par l'autorité de la concurrence (*Federal Trade Commission* ou FTC), principalement sur la base de la réglementation relative aux échanges commerciaux déloyaux. Les sanctions imposées à ce titre vont nettement plus loin que celles qui ont cours en Europe. Ainsi, en août 2012, Facebook s'est engagé dans le cadre d'un accord avec la FTC à se soumettre pendant vingt ans à des audits indépendants visant à contrôler son respect des prescriptions relatives à la protection des données⁴⁴. Cet état de fait est peut-être lié entre autres à l'attachement de la tradition européenne au droit administratif, là où l'approche états-unienne est davantage centrée sur le droit de la concurrence.

IV. Le cadre juridique actuel est-il prêt pour un marché publicitaire convergent ?

La dernière partie de l'atelier était constituée d'une table ronde destinée à étudier dans quelle mesure le cadre juridique en vigueur (y compris les dispositifs de corégulation et d'autorégulation) dispose des outils adaptés pour réagir de façon adaptée aux évolutions d'un marché publicitaire convergent.

Durant son intervention initiale, Anne Deltour⁴⁵ a tout d'abord fait remarquer que la Directive SMAV⁴⁶ serait abordée dans le cadre du Programme REFIT⁴⁷ de la Commission européenne, lequel contrôle le degré d'adéquation des mesures de réglementation et la charge que celles-ci entraînent pour les acteurs du marché concernés.

Elle a ensuite présenté les évaluations préliminaires des très nombreuses réponses reçues dans le cadre de la consultation initiée par la Commission européenne à partir de son Livre vert intitulé « Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent : croissance, création et valeurs⁴⁸ ». Concernant les questions relatives à publicité, les questions suivantes sont particulièrement pertinentes :

- (17) Les dispositions actuelles de la Directive SMAV concernant les communications commerciales seront-elles encore appropriées lorsque l'expérience de la convergence deviendra peu à peu une réalité ? Pourriez-vous fournir des exemples concrets ?
- (18) Quels seraient les instruments réglementaires les plus appropriés pour faire face à l'évolution rapide des techniques publicitaires ? Y a-t-il d'autres possibilités d'autorégulation ou de corégulation ?
- (19) Qui devrait avoir le dernier mot quant à l'acceptation des bandeaux publicitaires, ou d'autres techniques novatrices d'affichage, à l'écran ?

Sans surprise, les réponses sont encore parcellaires à ce jour, de sorte qu'il est difficile d'identifier des tendances décisives⁴⁹.

44) Affaire *FTC contre Facebook*, Az. 092 3184. Voir également les documents y afférents sur : <http://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/092-3184/facebook-in>

45) Spécialiste politique/juridique, DG Connect, Commission européenne.

46) Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels ») (version codifiée), JO L 95 du 15 avril 2010, p. 1, et rectificatif JO L 263 du 6 octobre 2010, p. 15.

47) Pour de plus amples informations sur ce programme, consulter : http://ec.europa.eu/smart-regulation/refit/index_en.htm

48) Commission européenne, Livre vert « Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent : croissance, création et valeurs » du 24 avril 2013, COM(2013) 231 final.

49) Les réponses à la consultation sont disponibles sur : <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/consultation-green-paper-preparing-fully-converged-audiovisual-world-growth-creation-and-values>

S'agissant de la question portant sur l'adéquation des dispositions relatives à la publicité contenues dans la Directive SMAV à une ère de convergence, il s'avère qu'une grande partie des répondants approuvent le principe d'un traitement égal des services linéaires et non linéaires pour ce qui est des dispositions *qualitatives* relatives à la publicité. Néanmoins, certains considèrent que de telles dispositions brideraient la liberté des médias de façon inopportune, au moins pour les fournisseurs de services non linéaires. Des critiques ont également été formulées concernant les règles relatives au parrainage et au placement de produit, jugées parfois trop détaillées. Plusieurs réponses demandent donc leur simplification. Par ailleurs, il se dégage un large consensus sur le fait que l'impératif d'une séparation entre programmes et publicité, de même que la nécessité de pouvoir identifier la publicité, comptent parmi les principes centraux et incontournables de la réglementation de la publicité.

En ce qui concerne les dispositions *quantitatives* relatives à la publicité, la majorité des répondants réclament une flexibilité accrue ; certaines contributions suggèrent que les dispositions jusqu'à présent valables uniquement pour les services linéaires soient étendues aux offres non linéaires.

Les réponses à la question portant sur les instruments réglementaires les plus appropriés penchent nettement en faveur des systèmes de corégulation et d'autorégulation, lesquels, selon de nombreux participants, permettraient une réaction plus rapide et plus efficace aux évolutions technologiques. Les critiques concernant une éventuelle diminution de la réglementation étatique émanent principalement des associations de défense des consommateurs.

Les opinions sont plus disparates concernant la question de savoir à qui il appartient d'approuver l'apparition de publicités de type « *overlays* » à l'écran. Selon certaines réponses, l'utilisateur devrait dans tous les cas pouvoir choisir si des informations commerciales s'affichent sur son écran, tandis que d'autres parties prenantes plaident pour que la liberté de décision du spectateur ne concerne que les affichages qui émanent d'entreprises tierces (et non du fournisseur de programmes). D'autres encore estiment que seul le télédiffuseur ou le fournisseur de contenus devrait pouvoir décider dans quelle mesure son signal peut (en partie) être masqué par des affichages tiers. Ce point de vue est parfois critiqué au motif qu'un tel système empêcherait l'utilisateur de personnaliser le contenu de son écran (ce qui correspond à la définition d'un téléviseur hybride). Quelques contributeurs isolés estiment que les producteurs et les auteurs doivent avoir le dernier mot sur le point de savoir dans quelle mesure des bandeaux publicitaires peuvent nuire à l'intégrité d'une œuvre donnée.

Pour finir, Anne Deltour a fait remarquer que l'analyse de la consultation et l'élaboration de ses conclusions seraient effectuées en étroite coopération avec le nouveau Commissaire compétent. Il convient donc d'attendre la formation de la nouvelle Commission avant toute éventuelle initiative officielle.

Un participant a émis des doutes quant au bien-fondé de ce type de consultations. Les réponses sont en effet très largement prévisibles, comme l'a confirmé l'intervention d'Anne Deltour. D'une part, il n'est donc pas étonnant que les points de vue individuels couvrent un large spectre d'opinions. D'autre part, les avis des différentes parties prenantes sur les différents thèmes sont de toute façon bien connus. Le plus grand défi dans ce contexte consiste donc à identifier de façon objective les arguments les plus pertinents, qu'ils soient étayés par l'expérience ou qu'ils reposent sur une base valable et fonctionnelle.

A son tour, Malcolm Phillips⁵⁰ a pris la parole pour évoquer l'interaction entre la réglementation étatique et l'autorégulation au Royaume-Uni. Outre-Manche, la convergence des médias est déjà depuis plus de cinquante ans à l'ordre du jour en matière d'autorégulation, et elle est défendue avec succès. De nouvelles tentatives d'adapter plus encore le cadre juridique relatif aux communications commerciales audiovisuelles risqueraient de complexifier le traitement des médias convergents.

Au terme d'un bref aperçu de l'état actuel de la réglementation au Royaume-Uni, Malcolm Phillips a abordé la crise de la convergence qui menace aujourd'hui. D'après lui, la Directive SMAV – du moins

50) En charge des politiques réglementaires, Commission des pratiques publicitaires de la radiodiffusion (*Committee of Advertising Practice* ou CAP). Voir également l'article de Malcolm Phillips dans la présente publication.

dans la forme sous laquelle elle a été transposée au Royaume-Uni – encourage des disparités de réglementation, car ses dispositions en matière de publicité s'imposent uniquement aux fournisseurs de services et non aux annonceurs. Les fournisseurs de services étant de moins en moins amenés à choisir et à diffuser eux-mêmes les publicités en raison des évolutions technologiques, l'intervenant a jugé que cette approche ne saurait demeurer pertinente à long terme. Un système qui, à l'instar de ceux du *Committee of Advertising Practice* (CAP) et de l'*Advertising Standards Authority* (ASA), se fonderait sur la responsabilité des annonceurs, serait nettement plus efficace.

Selon Malcolm Phillips, les outils nécessaires pour répondre aux évolutions prévisibles du secteur audiovisuel existent d'ores et déjà. En la matière, la clé est de pouvoir se fier à l'autorégulation afin de réagir rapidement aux changements d'habitudes et aux nouvelles attentes des consommateurs. Le développement de l'autorégulation au Royaume-Uni a montré que l'adaptation aux nouveaux médias et l'élaboration de normes communes pouvaient être menées à bien de cette façon.

Dernière à prendre la parole, Cornelia Kutterer⁵¹ a examiné comment adapter les initiatives politiques et législatives aux défis de la convergence au XXI^e siècle, en vue d'optimiser leurs retombées sur l'économie européenne.

Selon l'intervenante, il est crucial d'établir une distinction claire entre « réseaux » et « services », et d'adapter la réglementation en conséquence. En ce sens, il convient d'éviter de développer de façon systématique et disproportionnée la réglementation existante à chaque fois que la situation change. Dans le même temps, on veillera à ce que les autorités de régulation et les processus relatifs aux activités de surveillance soient à même de tenir le rythme des évolutions technologiques et économiques.

En outre, il est nécessaire de créer un climat propice aux investissements, tant du point de vue des infrastructures de réseau que des services. Pour les domaines qui pâtissent d'un manque d'infrastructures en raison d'une défaillance du marché, des solutions ciblées doivent être mises en place.

La plupart des services font aujourd'hui confiance aux technologies des réseaux basées sur le protocole internet. Ces innovations touchant aux infrastructures ont, selon l'intervenante, bouleversé les forces du marché. La réglementation doit en conséquence être conçue pour conserver sa pertinence à long terme, tout en se libérant des approches héritées du passé. A une époque où tout passe par les données, par internet et par les applications, de nombreuses règles sont superflues et ne se justifient plus. Il faut donc « faire du neuf avec du neuf », a conclu Cornelia Kutterer. Une plus grande confiance doit être accordée à l'économie, dès lors que celle-ci respecte les principes essentiels du droit de la concurrence et de la protection des consommateurs.

Au cours des échanges qui ont suivi, un participant s'est renseigné sur l'état du débat en Norvège. Ce pays n'est en effet pas membre de l'Union européenne et pourrait choisir d'appréhender différemment les défis de la convergence. Un autre membre de l'auditoire a indiqué que la Norvège était quelque peu à la traîne dans ce domaine, les dispositions de la Directive SMAV n'ayant été transposées en droit national qu'en 2013. Il n'y a donc pas encore eu de débat concret sur la mise en place d'autorités de régulation convergentes, par exemple en ce qui concerne les aspects liés à la protection des données pour la télévision connectée. Selon un autre participant, la situation est identique en Slovaquie.

L'un des participants a noté qu'il était apparu au fil de l'atelier que les acteurs du marché aspiraient à l'établissement de conditions de marché équitables (*level playing field*). Cet argument avait déjà été avancé dans le cadre de la précédente refonte de la Directive SMAV. On dispose à présent d'un instrument qui est certes applicable à tous les fournisseurs de services audiovisuels, mais dont la densité normative est très variable dans les faits. La révision à venir de la directive est à saluer, mais elle prendra trop de temps pour un marché de la publicité en constante évolution. Il serait donc important de traiter à part la réforme des règles relatives à la publicité. En la matière, une révision de la communication interprétative de 2004 serait une solution envisageable ; dans ce domaine, cependant, il convient également de tendre vers un résultat rapidement opérationnel.

51) Directrice de la politique réglementaire, Microsoft Europe, Moyen-Orient et Afrique. Voir également l'article de Cornelia Kutterer dans la présente publication.

Un autre participant a dit comprendre l'aspiration du secteur à un « *level playing field* », tout en précisant qu'une partie des utilisateurs eux-mêmes présentaient un seuil de tolérance à la publicité variable selon les types de services. Si la publicité à la télévision classique est vue d'un œil très critique et suscite des doléances relativement vives, les utilisateurs sont nettement plus ouverts aux messages publicitaires en ligne.

Une participante a souligné la difficulté, pour les autorités de régulation, d'identifier les interlocuteurs pertinents (c'est-à-dire responsables) et les dispositions applicables sur internet. Selon elle, le point crucial réside de manière croissante dans la confiance mutuelle liant le régulateur, les fournisseurs et les utilisateurs, et dans la meilleure façon de bâtir cette confiance. Evoquant la directive sur le commerce électronique qui date de près de quinze ans, elle a ajouté qu'il n'était pas nécessairement judicieux d'attendre que la législation s'adapte. Un autre participant a relevé une légère contradiction dans ces propos, invoquant la devise « Faites confiance, mais vérifiez », qui amène immédiatement la question de la portée du contrôle.

Dans la mesure où des modifications législatives s'imposent, un participant a rappelé qu'il convenait de respecter le principe « D'abord, ne pas nuire », issu de la médecine. Le législateur ou le régulateur ne devraient pas adopter de mesures préventives aux répercussions incertaines.

Un autre participant est alors intervenu pour émettre l'opinion selon laquelle les technologies modernes nécessiteraient plutôt une approche réglementaire éducative. La réglementation classique de la télévision s'appuie traditionnellement sur des mesures restrictives qui risquent de ne pas avoir l'effet souhaité dans un monde en pleine convergence. Selon ce participant, il ne faut cependant pas attendre que la Commission européenne ou les autorités de régulation nationales donnent les impulsions nécessaires. Les acteurs du secteur devraient plutôt être plus étroitement associés à l'élaboration de mesures réglementaires adéquates.

A ce sujet, l'un des participants a défendu l'idée que la télévision européenne ne serait pas différente en l'absence de Directive SMAV, si la directive sur le commerce électronique constituait la seule base juridique. En effet, le marché s'accorderait de toute façon sur certains principes. A l'heure de la mondialisation, alors que tous les télédiffuseurs européens se trouvent en concurrence avec des offres internationales (telles que Netflix), il est particulièrement important de limiter la réglementation au strict minimum et de la concevoir le plus intelligemment possible. Il serait ainsi souhaitable de se concentrer davantage sur la résolution des problématiques communes à tout le secteur. Concrètement, le participant a cité l'exemple des formes que prendront à l'avenir les annonces de programmes : sur les téléviseurs hybrides notamment, il faut s'attendre à ce que la consultation d'informations concernant les émissions passe de plus en plus souvent par le champ de saisie d'un moteur de recherche (et de moins en moins par les guides électroniques de programmes des télédiffuseurs). Dans ce contexte, la configuration monopolistique actuelle est particulièrement inquiétante et une réglementation des moteurs de recherche s'impose.

Une participante a qualifié Netflix de « cygne noir », en référence à un ouvrage de Nassim Nicholas Taleb dans lequel l'auteur désigne ainsi certains phénomènes complètement imprévisibles dont l'existence doit dans un premier temps être acceptée. Elle s'est demandé si le législateur ne devrait pas lui aussi apprendre à s'accommoder du fait qu'il survient parfois des évolutions auxquelles la réglementation ne peut pas apporter de réponse immédiate.

V. Synthèse

« En théorie, il n'y a pas de différence entre la théorie et la pratique. En pratique, si. » (Yogi Berra)

Les très nombreuses interventions ainsi que les différents débats ont d'abord montré que dans un monde convergent, la réglementation ne devait pas s'enfermer dans la théorie, mais s'adapter aux réalités pratiques. A ce titre, il convient de tenir compte de tous les types possibles de services et d'usages. Le marché de la publicité en ligne, en particulier, prend une importance grandissante et constituera à l'avenir un champ d'innovation pour les fournisseurs de services, auxquels il offre de nouveaux modèles de recettes. De même, le rôle de devise que jouent de façon croissante les données à caractère personnel requiert de nouveaux processus d'apprentissage, du côté du législateur, mais aussi des entreprises et des utilisateurs.

Certes, la télévision linéaire classique demeure le média de prédilection et se distingue toujours nettement, du point de vue du marché publicitaire, des services non linéaires plus récents ; à ce titre, la publicité télévisuelle demeure incontournable pour le maintien du marché télévisuel et déterminante pour le financement de contenus et de formats attrayants. Toutefois, le cadre juridique actuel, disparate, n'offre pas de garanties de sécurité pour l'avenir. Les participants ont salué unanimement les efforts entrepris à l'échelon européen pour procéder aux adaptations nécessaires du cadre juridique applicable aux médias. En vue de préserver l'intégrité des œuvres et des autres images diffusées à la télévision, il s'avère indispensable de conserver les critères de la responsabilité et du contrôle éditoriaux pour ce média. De nombreux participants ont recommandé de ne pas se focaliser exclusivement sur l'adoption de *règles* convergentes sans envisager dans le même temps une *surveillance* convergente ; ces interventions ont été riches en enseignements. Des règles neutres du point de vue de la technologie et des services ne peuvent déployer l'effet souhaité que si des autorités de surveillance aux compétences suffisamment larges surveillent et imposent leur bon respect.

L'atelier a montré clairement que, dans un marché des médias où tout va très vite, seule une participation effective des acteurs du secteur permettra la mise en œuvre d'une réglementation opérationnelle et efficace. Outre les formes classiques d'autorégulation – dont certaines ont déjà fait leurs preuves – les processus législatifs transparents (comportant par exemple des consultations en amont) ou les modèles de régulation incitatifs constituent également des pistes envisageables.

Le débat a en outre montré que de nouvelles mesures de réglementation étaient indispensables. Il serait regrettable que le législateur n'aborde pas les réformes avec la détermination qui s'impose parce qu'il craint – peut-être à juste titre – de ne pas pouvoir adopter instantanément une réglementation exhaustive couvrant l'ensemble des services.

L'inaction ne peut cependant être la référence en la matière. Les évolutions rapides du marché de la publicité et de la télévision nécessitent un contrepois juridique conçu pour le long terme. Si la réglementation omet d'établir un cadre clair, ce contrepois ne pourra pas garantir la sécurité juridique de tous les acteurs concernés ni la mise en place d'une protection adaptée des consommateurs.

Nouvelles techniques publicitaires et nouveaux modèles de financement pour les radiodiffuseurs télévisés

Conor Murray

egta – association of television and radio sales houses

En dépit des nombreuses voix qui prédisaient son effondrement, la télévision linéaire traditionnelle n'a pas connu la chute attendue. En réalité, les taux d'audience de la télévision se sont révélés étonnamment stables face aux tentatives de la vidéo en ligne à la demande, des communications mobiles et des médias sociaux d'attirer l'attention des consommateurs et de les détourner des contenus radiodiffusés¹.

Malgré cette résistance manifeste, l'industrie de la télévision reste confrontée à plusieurs défis à l'ère de la convergence audiovisuelle. Trois facteurs parmi d'autres peuvent être identifiés dont les effets combinés sont susceptibles de déstabiliser l'industrie de la radiodiffusion télévisée telle qu'on la connaît aujourd'hui :

- Les difficultés croissantes des téléspectateurs à trouver le contenu qu'ils veulent effectivement regarder ;
- L'entrée des acteurs de la télévision sur internet (« over the top » – OTT) sur le marché de la production de contenus ;
- L'émergence du multi-écrans – l'usage de terminaux mobiles (smartphones et tablettes) tout en regardant la télévision.

La progression des dispositifs mobiles permet à l'utilisateur de sélectionner plus facilement lui-même les contenus qu'il souhaite regarder, fonction qui était traditionnellement dévolue à la chaîne de télévision. Comme les consommateurs utilisent les dispositifs mobiles pour choisir des programmes plutôt que des chaînes de télévision, le pouvoir se déplace vers les producteurs de contenus. Et, en conséquence, puisque la recherche de contenus attrayants se fait de plus en plus à partir des terminaux mobiles, l'un des arguments de vente majeurs des radiodiffuseurs traditionnels, à savoir une position en haut du guide électronique des programmes (*Electronic Programme Guide* – EPG), perd de sa pertinence.

Les dernières années ont vu l'arrivée de concurrents tels que Netflix, Amazon, Microsoft et Yahoo, qui se positionnent sur le marché de la production de contenus originaux de qualité pour attirer les consommateurs. Cette évolution majeure est susceptible de révolutionner l'industrie de la télévision, et l'on voit désormais des téléspectateurs qui paient des services de télévision sur internet pour recevoir de nouveaux contenus, plutôt que consommer les contenus qui leur sont déjà proposés par ailleurs. Cette tendance rappelle la manière dont les plateformes de câble et de satellite avaient conquis des abonnés payants dans les dernières décennies.

1) Au Royaume-Uni, pour chaque minute passée sur YouTube, un consommateur moyen passe presque une heure à regarder la télévision linéaire (source : janvier 2013, BARB, UKOM). En Allemagne, si YouTube était une chaîne de télévision, sa part de marché serait inférieure à 1 %. La consommation de télévision linéaire atteint 130 heures par mois – près de 44 fois plus que YouTube (3 heures) (Source : AGF/GfK, TV Scope 5.0 (KFA 0/1, âge 3+) et Comscore (Domicile + Bureau), janvier 2013 ; IP Allemagne 4 juin 2013).

Selon un rapport de l'Ofcom², plus de la moitié des téléspectateurs au Royaume-Uni utilisent désormais leur smartphone et/ou leur tablette lorsqu'ils regardent la télévision. Il est donc fondamental que l'industrie de la télévision développe encore davantage d'éléments multiplateformes autour de la consommation linéaire de télévision, à travers la recherche de contenus, l'utilisation des médias sociaux ou l'ajout de nouveaux éléments au programme regardé. La difficulté pour les radiodiffuseurs télévisés est que l'univers mobile n'est pas leur terrain de prédilection. Le contrôle du terminal et la recherche de contenus sont le domaine des fabricants d'équipements et des opérateurs de plateforme. Les médias sociaux sont logiquement dominés par les acteurs du secteur. C'est dans la fourniture d'applications spécifiques au contenu que les radiodiffuseurs ont une occasion évidente d'interagir plus efficacement avec leurs téléspectateurs.

Les trois facteurs examinés ci-dessus ont, ensemble, le potentiel pour accélérer le passage de la consommation de télévision sur les écrans traditionnels à une consommation sur terminaux mobiles, tout en favorisant l'adoption des services de télévision sur internet qui offrent des contenus premium. Cette évolution ne devrait pas détourner immédiatement les téléspectateurs des chaînes classiques, mais elle augmente incontestablement la probabilité d'une fragmentation de l'audience et témoigne d'un transfert de pouvoir vers les producteurs de contenus et les opérateurs de télévision sur internet.

Les radiodiffuseurs disposent d'un certain temps pour réagir à ces évolutions, mais ils doivent dès à présent se préparer et adapter leurs offres à ce nouveau contexte. Ils doivent examiner leur rôle, leur mission, et la manière dont leur atout clé peut apporter une valeur ajoutée aux téléspectateurs. Le nouveau paysage audiovisuel convergent se caractérise par une grande quantité de contenus disponibles, mais également par une disponibilité limitée de contenus de qualité. Une programmation de qualité est la clé pour attirer et conserver les téléspectateurs, et c'est aussi l'un des principaux atouts de la radiodiffusion. Les radiodiffuseurs doivent donc se concentrer sur la mise à disposition de contenus de grande qualité sur tous les canaux de distribution existants. Cela implique de se pencher sur les questions liées à l'agrégation, à la composition et au financement des contenus, de limiter la dépendance des radiodiffuseurs au positionnement sur les EPG et d'améliorer leur présence sur les marchés en ligne.

I. Les communications commerciales

Afin d'analyser l'impact actuel et à venir de la convergence audiovisuelle sur les communications commerciales, il convient d'examiner deux éléments distincts. Premièrement, il s'agit de se pencher sur les nouvelles techniques de publicité adoptées par les radiodiffuseurs et leurs régies publicitaires pour s'adapter aux nouvelles tendances de consommation de la télévision, et deuxièmement, de voir en quoi le spot traditionnel de 30 secondes conserve encore toute sa pertinence tant pour les marques que pour les chaînes. La coupure publicitaire a toujours été et demeure un lieu important pour l'innovation et l'expression d'idées créatives.

Pour les radiodiffuseurs comme pour les annonceurs, le facteur déterminant est toujours le consommateur. Pour les consommateurs, le contenu télévisé est un contenu quelque soit l'endroit où il le trouve ou le regarde. Le terme de télévision englobe tous les contenus qui sont produits. Comment, dans ce contexte, satisfaire le marché croissant des consommateurs sophistiqués de vidéo et le public multi-écrans ? Les téléspectateurs exigent et attendent une expérience divertissante, personnalisée, interactive et sociale sur un nombre toujours plus grand de terminaux. Les radiodiffuseurs explorent le potentiel d'applications pour deuxième écran liées à un programme particulier, afin de conserver l'attention du téléspectateur et de la monétiser. Les terminaux sont désormais un moyen d'accroître l'audience de la télévision comme les revenus, en tirant parti des atouts traditionnels des radiodiffuseurs, à savoir la fourniture de contenus vidéo (télévisés) de grande qualité et la réputation de la marque du radiodiffuseur. Les radiodiffuseurs font de plus en plus d'efforts pour que les téléspectateurs restent sur leurs propres plateformes pour approfondir leur expérience interactive, afin de garder le contrôle et de monétiser leurs contenus. En théorie, tout ce qui est susceptible d'intéresser le consommateur se trouve sur les propres applications et sites web du radiodiffuseur. La fourniture de services de télévision

2) Ofcom, « Ofcom Communications Market Report 2013 », 1^{er} août 2013, disponible sur : http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/cmr/cmr13/2013_UK_CMR.pdf

améliorés nourrit non seulement l'appétit du consommateur pour des contenus attractifs, mais accroît en outre son implication, ce qui crée des possibilités supplémentaires de création de revenus.

Tout cela a évidemment un impact sur la publicité, et soulève la question des nouveaux modèles de financement et des nouvelles techniques publicitaires dans cet environnement connecté.

Avant d'examiner cette question plus avant, il convient de définir ce qu'on entend par « deuxième écran ». Selon une source, l'expérience du deuxième écran peut être définie comme l'utilisation d'un terminal disposant d'un écran, en parallèle avec la consommation d'une autre forme de contenus linéaires sur un écran distinct³.

Pour comprendre pleinement le potentiel de ce marché en développement, il faut saisir l'étendue et l'échelle de l'utilisation du deuxième écran. Des recherches récentes aux États-Unis⁴ ont montré qu'un téléspectateur sur six utilise les médias sociaux pendant les programmes de première partie de soirée et que la moitié de l'usage des médias sociaux est liée à la télévision. Néanmoins, les promotions en télévision traditionnelle restent plus efficaces que sur les médias sociaux. Les promotions et les bandes-annonces sont principalement à l'origine du choix de regarder de nouveaux programmes. Il est largement admis et facile de démontrer que c'est bien la télévision traditionnelle qui prévaut et qui influence la télévision sociale à cet égard.

Dans la sphère de ce qui peut être décrit comme la télévision sociale, quatre modèles de revenus peuvent être distingués. D'abord, on trouve les publicités numériques dites « compagnons » (*digital companion advertisements*), c'est-à-dire les publicités qui sont diffusées sur les terminaux simultanément à leur diffusion en télévision. Deuxièmement, la recherche contextuelle, qui est liée à ce que les gens regardent à la télévision. Troisièmement, le commerce social (*social commerce*), qui correspond à la vente de produits liés au programme, et propose des publicités ciblées via les plateformes de télévision participative. Enfin, les promotions pendant les grands événements sportifs en direct, comme la Coupe du Monde, durant lesquels des expériences de jeux interactifs sont proposées, qui accroissent la possibilité pour le fournisseur de contenus de générer des revenus dans le cadre de la formule « regarder pour gagner », tout en impliquant davantage le téléspectateur.

1. Applications « compagnons » pour la télévision

Il est de plus en plus clair que l'une des clés pour exploiter le potentiel de l'environnement multi-écrans et satisfaire les demandes du consommateur consiste à utiliser et à développer des applications interactives. Les radiodiffuseurs peuvent proposer des applications contextuelles, des services à valeur ajoutée et des publicités ciblées pour enrichir l'expérience de l'utilisateur, accroître l'implication des téléspectateurs grâce à des contenus premium et favoriser l'interaction et la socialisation entre les téléspectateurs et leurs amis.

Il est utile d'analyser ces applications pour de nombreuses raisons, l'une d'entre elles étant que 85 % des détenteurs de smartphones et de tablettes les utilisent tout en regardant la télévision⁵. Les téléspectateurs qui utilisent une application synchronisée pour regarder un programme télévisé montrent un niveau d'engagement supérieur de 26 % à ceux qui n'utilisent qu'un écran unique.

L'analyse du paysage du deuxième écran fait apparaître quatre grands types d'applications, qui peuvent être regroupées en deux catégories : celles utilisées devant la télévision et celles utilisées de manière nomade. Dans le premier cas, il s'agit d'une consommation synchronisée d'applications qui proposent des contenus et fonctionnalités supplémentaires liées à un programme TV, et qui sont destinées à être utilisées au moment où le programme est regardé. Il existe également des applications à distance, qui sont utilisées pour remplacer la télécommande ou l'EPG pour chercher des informations

3) Grossman B., « *Second Screen Strategy: Planning For (And Against) A Multi-Screen World* », 7 mai 2014, disponible sur : <http://ben-grossman.com/second-screen-strategy-planning-multi-screen-world>

4) Council for Research Excellence, « *Talking Social TV 2* », 10 avril 2014, disponible sur : www.researchexcellence.com/documents/research/80.pdf

5) The Nielsen Company, « *The Digital Consumer 2014* », février 2014, disponible sur : www.nielsen.com/content/dam/corporate/us/en/reports-downloads/2014%20Reports/the-digital-consumer-report-feb-2014.pdf

sur les programmes, faire des choix ou passer des commandes. Dans la catégorie nomade, on trouve les applications de consommation à distance, qui donnent accès aux programmes télévisés sur internet lorsque le téléspectateur se déplace et n'a pas accès à son service de télévision principal. Enfin, le quatrième type regroupe les applications de gestion à distance, qui permettent au téléspectateur de passer en revue les choix de programmes et de contrôler leur système de télévision à distance.

2. Défis et opportunités en matière de régulation

Il existe toutefois quelques craintes du point de vue de la régulation. Dans le cadre de la législation existante, le deuxième écran et les contenus éditoriaux en ligne sont réglementés de manière beaucoup plus souple que sur le premier écran. S'agissant des communications commerciales, les règles sont certes quelque peu différentes mais elles restent globalement proches. La principale préoccupation découle du fait que les contenus régulés et non régulés sont de plus en plus difficiles à distinguer, ce qui peut potentiellement entraîner des préjudices pour le consommateur. Pour tenir pleinement compte de la convergence audiovisuelle, un nouveau cadre réglementaire devrait tout d'abord être applicable à tous les acteurs concernés. Les tierces parties, telles que les réseaux de publicité en ligne, sont susceptibles de distordre la chaîne de valeur classique de plusieurs façons. D'abord, en monétisant les vues et les recommandations, sur la base des modèles publicitaires de l'univers en ligne, par exemple via des publicités ciblées financées en fonction du nombre de clics. Deuxièmement, en développant et en monétisant des améliorations contextuelles apportant de la valeur ajoutée à un programme télévisé (par exemple du shopping ou des opportunités de paris), en dehors de la réglementation télévisuelle. Troisièmement, en influençant la sélection des programmes par les utilisateurs indépendamment des EPG et des règles qui s'y appliquent⁶, par exemple via des recommandations organisées ou sociales. Enfin, en permettant aux téléspectateurs de regarder sur leur premier écran des vidéos en streaming, peut-être illégal, et en leur donnant par là-même la possibilité de s'affranchir de leurs fournisseurs de télévision habituels.

De manière plus concrète, des problèmes juridiques liés à la télévision connectée et aux données personnelles se sont déjà posés. Par exemple, en juillet 2013, l'autorité néerlandaise de protection des données a publié un rapport⁷ affirmant que TP Vision, un fabricant de téléviseurs connectés, était en infraction avec la loi néerlandaise relative à la protection des données⁸. TP Vision recueillait les données personnelles des utilisateurs en vue de proposer de la publicité ciblée, et ce sans recueillir le consentement explicite du téléspectateur. Un incident similaire s'est déroulé en Belgique où la Commission de la vie privée examine actuellement les questions de vie privée en lien avec les téléviseurs connectés et les boîtiers de certains fournisseurs de télévision⁹. Dans les deux cas, les agences du gouvernement ont admis que, dans la mesure où les téléviseurs connectés sont un phénomène relativement nouveau, le niveau de sensibilisation aux risques liés à l'utilisation de leurs fonctionnalités reste faible.

Tant que la technologie continue d'évoluer à un rythme que la législation est incapable de suivre, des scénarios complexes du point de vue juridique sont susceptibles de se multiplier. Néanmoins, l'environnement législatif autour de la Directive SMAV a avancé et a permis aux radiodiffuseurs et à leurs régies de développer de nouvelles techniques publicitaires qui ont augmenté leurs capacités en termes de création de revenus. Considérons par exemple le placement de produit, qui ne se limite plus à insérer un produit réel dans un programme, mais qui peut également consister en l'insertion d'un produit virtuel en postproduction. Par exemple, une publicité pourra être ajoutée sur un panneau

6) Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, JO L 337, 18 décembre 2009, p.11.

7) *Collegie bescherming persoonsgegevens*, « *Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens met of door een Philips smart tv door TP Vision Netherlands B.V.* » (Rapport de l'autorité de protection des données sur TP Vision), juillet 2013, disponible sur : www.cbpreweb.nl/downloads_pb/pb_20130822-persoonsgegevens-smart-tv.pdf. Pour plus de détails, voir également Obradović R., « Les téléviseurs intelligents enfreignent la loi néerlandaise relative à la protection des données », IRIS 2013-9/21, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2013, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2013/9/article21.fr.html>

8) *Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens (Wet bescherming persoonsgegevens)* (loi sur la protection des données) disponible sur : http://wetten.overheid.nl/BWBR0011468/geldigheidsdatum_16-05-2014

9) Briel R. "Belgium to investigate privacy of smart TVs", *Broadband TV News*, 28 January 2014 <http://www.broadbandtvnews.com/2014/01/28/belgium-to-investigate-privacy-of-smart-tvs/>

publicitaire vierge, ou sur les emballages d'aliments ou de boissons. La directive interdit la prééminence induite du produit et exige que la responsabilité éditoriale reste intacte. Cela permet le financement du programme, tant que celui-ci n'est pas affecté/façonné. Pour comprendre pleinement le statut des communications commerciales audiovisuelles à la suite de la mise en œuvre complète de la Directive SMAV, l'egta (association des régies publicitaires de radio et de télévision) a publié une étude, disponible sur demande, qui examine l'interprétation de la directive, la jurisprudence qui s'y rapporte et les conséquences pour les professionnels au niveau national et au niveau de l'UE.

3. Innovation sur le premier écran

Comme mentionné précédemment, c'est toujours la télévision, et plus particulièrement le spot de publicité télévisée traditionnel de 30 secondes, qui a la capacité d'atteindre le plus grand nombre de consommateurs. En 2013, dans le monde, les téléspectateurs ont regardé la télévision 3 heures et 14 minutes par jour. C'est le troisième plus haut niveau global de consommation quotidienne moyenne jamais enregistré. Au cours des 20 dernières années, dans les cinq principaux marchés européens, le temps de consommation quotidien a augmenté de 43 minutes. Sur la même période, une augmentation de 50 minutes a été constatée aux États-Unis¹⁰.

Cependant, il existe plusieurs façons d'utiliser un spot publicitaire en télévision et les annonceurs et les radiodiffuseurs expérimentent constamment de nouvelles idées dans le cadre du format bien établi de la coupure publicitaire. Certains des exemples les plus innovants sont décrits en détails ci-dessous¹¹.

3.1. Coupures « événement »

Il s'agit de la transformation, par un annonceur, d'une coupure publicitaire en un événement télévisé. Les coupures « événement » sont un excellent moyen de lancer une nouvelle marque ou une campagne et permettent une large couverture publicitaire. La campagne « *Welcome back* » de T-Mobile, une publicité de trois minutes se déroulant dans le hall d'arrivée d'un aéroport, est un excellent exemple de marque qui utilise la coupure publicitaire pour en faire un contenu de divertissement à part entière. Parfois, l'annonceur promeut en amont la coupure « événement » avec une série de bandes-annonces télévisées ou en ligne.

3.2. Coupures thématiques

Les coupures thématiques sont conçues par les radiodiffuseurs – qui donnent donc ainsi aux annonceurs leur consentement tacite. La coupure thématique Lego, promouvant la sortie du film Lego, en constitue l'un des exemples récents les plus innovants.

3.3. Coupures « annonceur »

L'ensemble de la coupure publicitaire est construite autour d'un annonceur, mais d'autres marques y sont associées. La coupure Bing de Microsoft, dans laquelle une page du moteur de recherche Bing apparaissait avant chaque publicité et était suivie par un spot pour la marque recherchée sur le moteur, en est un excellent exemple.

3.4. Publireportage

Un publireportage est une publicité qui a certaines caractéristiques d'un programme et est construite comme un programme. Les narratifs des publireportages courent sur plusieurs coupures publicitaires et développent une intrigue. Ils peuvent faire l'objet de bandes-annonces et de promotion et également être étendus et exploités hors antenne comme un véritable programme. Mais comme ils sont diffusés pendant le temps d'antenne commercial, ils peuvent ouvertement promouvoir le produit, comme n'importe quelle publicité. La Kitchen Squad d'Ikea a créé son propre format de programme de « *makeover* », dans lequel des cuisines privées sont remplacées en secret.

10) Eurodata TV Worldwide, « *One Television Year in the World 2014* » (L'année TV dans le monde 2014) disponible sur : www.mediametrie.com/eurodatatv/solutions/one-television-year-in-the-world.php?id=57

11) Voir www.thinkbox.tv

3.5. Publicités personnalisées/contextualisées

Les annonceurs peuvent concevoir une publicité pour un programme ou pour un environnement de programme spécifique, afin d'établir un lien plus étroit avec le contenu. Ce type de pratique est possible en partie grâce à la relative souplesse de la réglementation encadrant la télévision commerciale, qui permet notamment de reprendre le format du programme au sein de la coupure publicitaire ou d'utiliser des personnalités des programmes dans les publicités. La proximité avec le contenu est attractive pour les fans du programme et rend la publicité plus pertinente et plus saillante.

3.6. Publicités en direct

Les publicités en direct peuvent susciter un certain enthousiasme, avoir un impact publicitaire important, et attirer un large public impatient d'assister à l'événement en direct. Le saut en parachute de Honda en 2008 a lancé une tendance qui s'est largement répandue en télévision. Ce type de coupures publicitaires est particulièrement adapté aux produits dont les prix et la disponibilité doivent être actualisés autant que possible. Par exemple, les opérateurs de paris diffusent des publicités en direct pendant les événements sportifs, présentant aux téléspectateurs les dernières cotes et les encourageant à parier au cours du jeu.

II. Conclusion

L'environnement audiovisuel d'aujourd'hui évolue constamment et continuera d'évoluer en parallèle avec le progrès technologique. Dans ce contexte, il faut tenir compte du fait que les téléspectateurs sont désormais des consommateurs multi-écrans, qui démontrent que la consommation de télévision sur un smartphone ou une tablette est l'un des loisirs les plus populaires de l'ère mobile. Dans ce paysage où la consommation en parallèle avec la télévision se normalise, la télévision peut être à l'origine de l'utilisation de ces applications. La consommation de télévision n'a jamais requis ni mobilisé 100 % de l'attention du téléspectateur. Trois Américains sur dix indiquent qu'ils font quelque chose d'autre en regardant la télévision (30 %) et seulement 14 % disent ne rien faire d'autre en regardant la télévision¹². Dans une certaine mesure, les applications du deuxième écran représentent une possibilité nouvelle pour faire en sorte que ce « quelque chose d'autre » soit lié à la télévision. En résumé, une télévision « n'importe quand, n'importe où et sur n'importe quel dispositif » accroît les possibilités d'atteindre le consommateur, au-delà des spots traditionnels.

Tous les médias qui contiennent de la publicité sont de plus en plus contraints de prouver aux agences média et à leurs clients les effets sur les ventes et le retour sur investissement de leurs publicités. A moyen terme, des niveaux d'audience sains et une innovation en matière de programmes et de technologies (enregistreurs numériques, connectivité IP, publicité adressable) continueront de soutenir la croissance de la publicité télévisée. Pour maintenir ce niveau d'attractivité et cette capacité d'atteindre un public plus large que les autres médias, les radiodiffuseurs continueront de dépendre des formats à même de rassembler un nombre élevé de téléspectateurs au même moment.

Des mesures doivent être prises pour faire en sorte que les radiodiffuseurs, qui ont assumé le risque financier de l'acquisition d'un programme auprès d'un producteur ou d'un créateur, ou qui ont financé une production en interne, continuent de disposer de ces flux de revenus. De la même manière, les auteurs et des titulaires de droits devraient être rémunérés pour l'exploitation de leurs œuvres, y compris dans l'environnement en ligne et sur les nouvelles plateformes.

Il faut également dégager quelques conclusions sur l'avenir de la réglementation en matière de communications commerciales et de convergence audiovisuelle. En termes de processus, la Commission européenne a déjà annoncé qu'elle publierait le second rapport d'application¹³ de la Directive SMAV en

12) Harris Poll, « *Distracted TV Viewers* », 15 juin 2011, disponible sur : www.harrisinteractive.com/NewsRoom/HarrisPolls/tabid/447/mid/1508/articleId/818/ctl/ReadCustom%20Default/Default.aspx

13) Commission européenne, Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relatif à l'application de la directive 2010/13/UE (directive « Services de médias audiovisuels ») Services de médias audiovisuels et dispositifs connectés : perspectives passées et futures, Bruxelles, 4 mai 2012, COM(2012) 203 final, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52012DC0203>

mai 2015. Elle a en outre annoncé une révision de la directive pour l'année prochaine. A la lumière de la consultation publique de l'année dernière sur la convergence audiovisuelle¹⁴, il apparaît clairement que les modes de consommation de la télévision vont susciter l'attention des législateurs. Du point de vue des radiodiffuseurs, certaines questions vont revêtir une importance capitale à l'avenir, notamment le maintien des niveaux actuels de protection du consommateur en matière de communications commerciales, la sauvegarde du principe de la responsabilité éditoriale, et la garantie de l'intégrité du signal des radiodiffuseurs.

L'espace du deuxième écran reste un univers immature, qui se caractérise par une technologie, des fonctions, des modèles d'exploitation et des infrastructures en constante évolution. Il est donc difficile de dégager des conclusions catégoriques à ce stade. Cependant, le deuxième écran se développe à un rythme impressionnant, et la Commission européenne et les régulateurs nationaux ont raison, avant de déterminer s'il leur sera nécessaire d'intervenir, de prendre le temps de l'analyse.

14) Livre vert de la Commission européenne, « Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent: croissance, création et valeurs », Bruxelles, 24 avril 2013, COM(2013) 231 final, disponible sur : https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/convergence_green_paper_fr_0.pdf

Le marché européen de la publicité en ligne

Une brève introduction à l'écosystème européen de l'affichage publicitaire en ligne

Christian Grece

Observatoire européen de l'audiovisuel

Au cours de la dernière décennie, l'importance du *World Wide Web* s'est considérablement accrue dans nos sociétés modernes, et internet a rapidement investi, modifié et bouleversé de nombreux écosystèmes en place, notamment dans le domaine des médias. Du fait des limites initiales du débit (connexions téléphoniques), le web a d'abord surtout remis en cause les écosystèmes établis dans les domaines de la musique, de la presse écrite, des journaux et des bibliothèques. Mais avec l'expansion des capacités du haut débit résultant des innovations techniques (ADSL, fibre optique), qui a permis une transmission harmonieuse des flux vidéos et des téléchargements vidéo plus rapides, la prolifération des terminaux connectés et des écrans, ainsi que la modification des modes de consommation audiovisuelle (notamment de la génération Y), le secteur audiovisuel dans son ensemble (télévision, cinéma, vidéo) est désormais remis en cause et notre écosystème traditionnel des médias est entré dans une période de mutation et d'innovation.

Avec l'arrivée d'entreprises qui proposent de la télévision sur internet (« *over the top* » - OTT, tels que Google, Facebook, Apple ou Netflix), de nouveaux acteurs ont investi dans le secteur audiovisuel européen et sont en concurrence frontale pour les budgets publicitaires et l'attention des consommateurs. Le marché de la publicité en ligne croît rapidement et s'accompagne d'opportunités nouvelles ainsi que de menaces pour le secteur établi de la télévision commerciale et même pour le secteur publicitaire dans son ensemble. L'importance des données et des profils des utilisateurs dans ce paysage en ligne est immense ; le recueil et l'utilisation des données sont la clé pour disposer d'un avantage concurrentiel, et ceux qui sont le mieux à même de les exploiter sont d'ores et déjà en train d'établir ou de consolider leur position dominante sur le marché de la publicité en ligne. Les innovations techniques, l'apparition de nouvelles formes de communications et de connexions (réseaux sociaux), ainsi que l'importance croissante des dispositifs mobiles transforment rapidement les modèles commerciaux traditionnels. Alors que s'intensifie la concurrence pour l'attention du téléspectateur, les acteurs du marché (traditionnels et nouveaux entrants) doivent réussir à s'adapter aux nouveaux défis du marché publicitaire s'ils veulent assurer leur avenir.

Ce bref article présente les changements qui affectent le marché européen de la publicité en ligne et ses principales données financières, expose plus en détail le marché le plus pertinent pour le secteur de la radiodiffusion qui est celui de l'affichage publicitaire (« *display advertising* ») en ligne et son fonctionnement, et enfin, propose une perspective sur ses futurs développements. L'objectif n'est pas d'être exhaustif, mais plutôt de présenter les tendances réelles en 2013, qui ont un impact significatif sur le marché de l'affichage publicitaire, et de donner un aperçu du fonctionnement complexe de ce nouveau marché publicitaire, fondé sur l'exploitation des données et l'innovation technologique.

I. Aperçu du paysage européen de la publicité en ligne – principales données financières¹ et écosystème

1. Un changement dans l'écosystème publicitaire

Les changements de l'offre et de la demande résultant des innovations techniques et de l'arrivée de nouveaux acteurs ont fragmenté l'audience et ont remplacé, dans le domaine des médias, les multiples écosystèmes fermés et contrôlés auparavant dominants dans les sociétés occidentales, par un écosystème unique, ouvert et non contrôlé. Alors que par le passé, le contenu était rare, avec le web, il est désormais abondant. Les entreprises de médias traditionnelles et les nouveaux entrants, ou acteurs de la télévision sur internet, sont en concurrence pour gagner l'attention des consommateurs. Or, capter cette attention – ce qui est essentiel pour réussir dans le paysage numérique – est de plus en plus difficile dans un environnement en ligne global et connecté. L'écosystème des médias est devenu une économie de l'attention² des consommateurs, laquelle est une ressource rare. Une autre tendance importante est l'exploitation des données, que ce soit dans un objectif publicitaire ou afin d'analyser les modes de consommation.

La radiodiffusion financée par la publicité est donc de plus en plus en concurrence avec les acteurs de la télévision sur internet sur le marché publicitaire. La concurrence est double³ : d'une part, une concurrence pour l'attention des consommateurs ; d'autre part, une concurrence pour les budgets et campagnes publicitaires des annonceurs et de leurs agences. Le développement d'une consommation audiovisuelle « n'importe où, n'importe quand et sur n'importe quel support », particulièrement parmi les jeunes générations, a fragmenté l'audience et pose un défi à ces acteurs traditionnels, qui doivent s'adapter à ce marché publicitaire désormais de plus en plus ouvert.

Une tendance importante de cette lutte pour capter l'attention des consommateurs est la production et la commande de contenus originaux par ces nouveaux entrants (tels que les séries originales YouTube⁴, Crackle⁵ ou Vimeo⁶) et la création d'un nouvel écosystème audiovisuel sur YouTube de Google avec les « réseaux multichaines⁷ » (RMC) qui génèrent des revenus publicitaires pour les opérateurs de chaînes, ainsi que pour Google. L'acquisition⁸ par The Walt Disney Company en 2014 du RMC principal de YouTube, Maker Studios, pour 950 millions USD et l'acquisition de 60 % du RMC Studio Bagel⁹ par l'opérateur de télévision payante français Canal+ illustrent bien cette tendance. Alors que l'attention des consommateurs continue de se porter sur l'univers en ligne et que les gens partagent le temps qu'ils consacrent aux médias entre consommation traditionnelle et en ligne, les entreprises audiovisuelles traditionnelles (radiodiffuseurs, studios) et les acteurs de la télévision sur internet innovent afin de capturer une partie du revenu croissant de la publicité en ligne, générée par un déplacement croissant des budgets publicitaires vers l'espace en ligne.

- 1) Il est difficile de compiler des données financières sur le marché de la publicité en ligne en Europe, car il existe une variété de sources utilisant différentes méthodologies. Les chiffres publiés par IAB Europe sont compilés par IHS Screen Digest, une source de données variées utilisée depuis longtemps par l'Observatoire européen de l'audiovisuel. Nous avons donc décidé de nous baser sur ces chiffres pour cet article. Le Bureau de la publicité sur internet (*Internet Advertising Bureau – IAB*) représente les industries de la publicité en ligne et mobile.
- 2) Goldhaber M., « The Attention Economy and the Net », *First Monday* 2(4), 7 avril 1997, disponible sur : firstmonday.org/article/view/519/440
- 3) Anderson S. et Gabszewicz J., « The media and advertising : a tale of two-sided markets » in Ginsburgh V. et Throsby D. (éd.), *Handbook of Cultural Economics*, Elsevier Science, août 2005, disponible sur : economics.virginia.edu/sites/economics.virginia.edu/files/anderson/fullfinaltale_0.pdf
- 4) Wallenstein A., « YouTube, DreamWorks Animation to Produce Daily Original Series », *Variety*, 9 janvier 2014, disponible sur : variety.com/2014/digital/news/youtube-dreamworks-animation-to-produce-daily-original-series-exclusive-1201040884/
- 5) « Crackle Unveils New Original Programming and Renews Three Hit Series at 2014 Digital Content New Fronts », *Marketwatch*, 30 avril 2014, disponible sur : www.marketwatch.com/story/crackle-unveils-new-original-programming-and-renews-three-hit-series-at-2014-digital-content-newfronts-2014-04-30
- 6) Kastrenakes J., « Vimeo gets into original content with short comedy series 'High Maintenance' », *The Verge*, 29 mai 2014, disponible sur : www.theverge.com/2014/5/29/5760790/vimeo-first-original-content-high-maintenance
- 7) Kozłowski L., « Multi-Channel Network 101 », *Forbes*, 30 août 2013, disponible sur : www.forbes.com/sites/lorikozlowski/2013/08/30/multi-channel-networks-101/
- 8) Dredge S., « Disney's YouTube deal is a real game changer », *The Guardian*, 30 mars 2014, disponible sur : www.theguardian.com/technology/2014/mar/30/disney-youtube-deal-game-changer
- 9) Kesslassy E., « Canal Plus Acquires Leading YouTube Channels Network Studio Bagel », *Variety*, 3 mars 2014, disponible sur : variety.com/2014/biz/news/canal-plus-acquires-leading-youtube-channels-network-studio-bagel-1201124490/

Pour l'instant, la télévision reste le média le plus populaire en publicité. Avec 28.1 milliards d'euros en 2013, elle a dominé le marché publicitaire européen en 2013. Mais le changement commence à se faire sentir. Comme l'a souligné Mary Meeker dans sa présentation sur les tendances de l'internet lors de la « Code Conference » en 2014¹⁰, plusieurs facteurs accélèrent encore le rythme du changement. Il s'agit d'abord de la prolifération des écrans. A l'échelle mondiale, il s'est vendu quatre à cinq fois plus de dispositifs mobiles (smartphones, tablettes) que de téléviseurs en 2013. Bien que le téléviseur reste le dispositif le plus répandu, avec 5.5 milliards d'unités dans le monde, les tablettes et les smartphones, qui représentent un total de deux milliards d'unités en 2013, le rattrapent rapidement et modifient les habitudes des consommateurs. En 2013, les dispositifs mobiles étaient utilisés 166 minutes par jour, contre 148 minutes pour la télévision. Aux Etats-Unis, l'utilisation des terminaux mobiles s'élève à 194 minutes par jour contre 147 minutes pour la télévision¹¹. Cette prolifération des dispositifs mobiles a accentué une autre tendance, dite du « deuxième écran »¹². Le deuxième écran se définit comme l'utilisation d'un autre « écran », par exemple d'un terminal mobile, en même temps que le « premier » écran, la télévision, ce qui génère un nouveau flux de revenus potentiels pour les entreprises audiovisuelles¹³. Meeker démontre aussi qu'aux Etats-Unis, les « *millennials* » (qu'on appelle aussi la « génération Y », c'est-à-dire ceux qui sont nés entre le début des années 1980 et le début des années 2000) réalisent en 2013 80 % de leur consommation de télévision en ligne, soit à peu près trois fois plus que les autres générations. Par conséquent, ils choisissent de plus en plus souvent eux-mêmes leurs contenus audiovisuels, et deviennent ainsi acteurs de leur consommation, en opposition avec l'ancien modèle prescriptif de l'environnement fermé de la radiodiffusion. Cette évolution va de pair avec les modifications des habitudes de consommation et l'apparition de la « consommation massive », c'est-à-dire le fait de regarder plusieurs épisodes d'une série télévisée d'affilée. Si l'on considère ces évolutions en lien avec les prédictions du directeur général de Netflix, Reed Hastings, à savoir que la télévision sur internet est en train de remplacer la télévision linéaire, que les écrans prolifèrent, que les télécommandes disparaissent, et que les applications se substituent aux chaînes¹⁴, on peut conclure que le passage de la consommation audiovisuelle en radiodiffusion linéaire vers la consommation sur internet a déjà commencé et gagnera en importance dans la prochaine décennie, et qu'elle viendra au bout du compte se substituer au modèle traditionnel de la radiodiffusion. Evidemment, l'écosystème traditionnel de la radiodiffusion, après avoir tenté de freiner cette évolution pendant plusieurs années, s'adapte désormais à ce nouvel environnement en investissant dans l'espace en ligne : pures offres de télévision sur internet émanant de radiodiffuseurs traditionnels, services de télévision de rattrapage, comme le BBC iPlayer, développement d'offres pour deuxième écran par les chaînes de télévision, acquisition de chaînes en ligne telles que les RMC par des groupes de médias désormais présents en ligne. Sur le web, l'échelle et la portée sont essentielles et le nombre d'utilisateurs peut potentiellement passer de plusieurs millions à plusieurs milliards. Plusieurs poids lourds mondiaux (tels que YouTube de Google, AOL, Yahoo !, Facebook) y occupent déjà une position dominante.

L'usage croissant des données personnelles des utilisateurs recueillies sur les sites internet¹⁵ et leur exploitation est désormais au centre des capacités de ciblage de ces acteurs. Alors que les annonceurs veulent cibler des profils d'utilisateurs spécifiques, les entreprises qui disposent de ces « *big data* », qui permettent un ciblage précis des utilisateurs par la publicité, bénéficient d'un avantage concurrentiel¹⁶, au moins initialement¹⁷. L'utilisation des « *big data* » et le ciblage de profils spécifiques transforment également la manière dont les publicités en ligne sont commercialisées, avec l'avènement de l'achat programmatique des inventaires publicitaires et des plateformes d'enchères en

10) Meeker M., « 2014 Internet trends report », *Kleiner Perkins Caufield Byers*, 2014, disponible sur : s3.amazonaws.com/kpcbweb/files/85/Internet_Trends_2014_vFINAL_-_05_28_14_.PDF.pdf

11) Lechevallier P., « Télévision et vidéo : la mutation du marché s'accélère », *ZD Net*, 30 mai 2014, disponible sur : www.zdnet.fr/actualites/television-et-video-la-mutation-du-marche-s-accelere-39801757.htm

12) Warren C., « When Did the 'Second Screen' Become a Thing? », *Mashable*, 2 mai 2013, disponible sur : mashable.com/2013/05/02/second-screen/

13) Voir également la contribution de Conor Murray dans cette publication.

14) Hastings R., « Netflix Long Term View », *Netflix Investor Relations*, mis à jour au 21 avril 2014, disponible sur : ir.netflix.com/long-term-view.cfm

15) « *Big data* » – que ce soit par le biais du recours aux « cookies » ou d'identités publicitaires uniques. Cela n'est pas seulement vrai pour le secteur des médias, mais aussi pour de nombreux autres modèles commerciaux traditionnels, sur lesquels l'utilisation des « *big data* » a également un impact.

16) AT Kearney, « Big Data and the Creative Destruction of Today's Business Models », 2013, disponible sur : www.atkearney.fr/documents/10192/698536/Big+Data+and+the+Creative+Destruction+of+Today's+Business+Models.pdf

17) Selikowitz D., « Big Data : From Competitive Advantage to Table Stakes », *Harvard Business School Blog*, 11 avril 2014, disponible sur : blog.hbs.edu/dighbs/big-data-from-competitive-advantage-to-table-stakes/

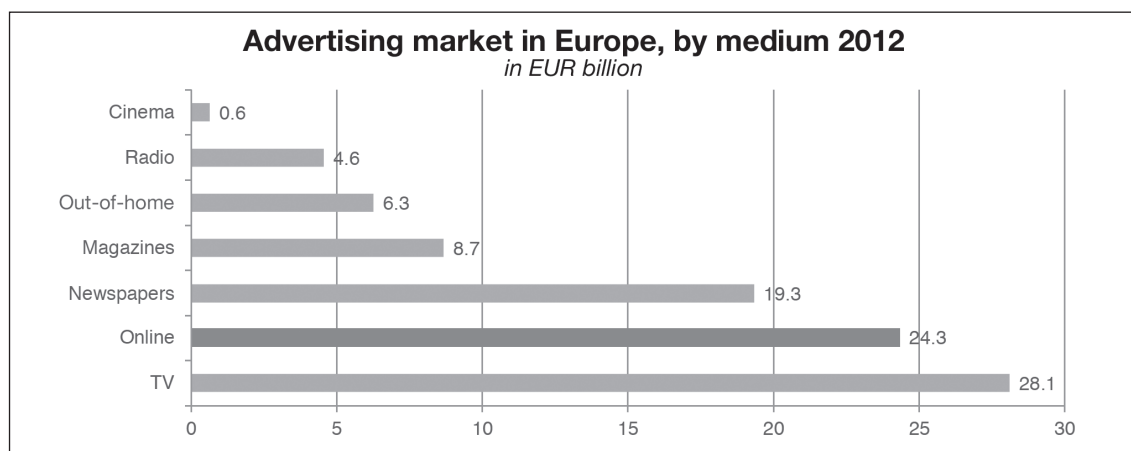
temps réel, comme nous l'expliquerons plus loin dans cet article. Les possibilités qui émergent, si elles sont pleinement exploitées, pourraient radicalement améliorer l'activité publicitaire des annonceurs, en permettant le ciblage exclusif des consommateurs qui sont potentiellement des acheteurs du produit ou service promu, rendant ainsi possibles une réduction des coûts publicitaires et une utilisation plus efficace des ressources. Dans une citation célèbre, attribuée à John Wannamaker¹⁸ et/ou Henry Ford, celui-ci affirme que « la moitié de l'argent que je dépense en publicité est gaspillée : le problème, c'est que je ne sais pas quelle moitié ». A ce jour, le marché publicitaire en ligne est loin d'avoir prouvé son efficacité pour les annonceurs et les entreprises, mais une meilleure utilisation des données pourrait changer la donne. L'exploitation des données soulève également des questions et des risques en termes de vie privée pour les utilisateurs, dans la mesure où le suivi, la collecte et la dissémination des données personnelles constituent toujours une zone d'ombre pour le grand public. La prise de conscience de ces questions commence à peine dans les sociétés occidentales.

Avant de présenter dans le détail le marché de l'affichage publicitaire en ligne, la prochaine section fournit les principales données financières sur le marché européen de la publicité en ligne en 2012.

2. Principales données sur le marché européen de la publicité en ligne

Selon des chiffres publiés par IAB Europe¹⁹ et compilés par IHS Screen Digest dans le rapport AdEx Benchmark d'IAB Europe de 2012²⁰, l'univers en ligne a été le deuxième média publicitaire en 2012, avec une valeur marché de 24.3 millions d'euros, derrière la télévision, avec 28.1 millions d'euros (voir tableau 1 ci-dessous). Non seulement la publicité en ligne est le deuxième plus gros média publicitaire en Europe, mais c'est aussi celui qui progresse le plus rapidement, malgré la crise économique (+11.5 % de taux de croissance d'une année à l'autre, contre -2.7 % pour le revenu publicitaire total).

Tableau 1 : Marché européen de la publicité en 2012



Source: AdEx Benchmark d'IAB Europe de 2012 Screen Digest

Le marché de la publicité en ligne se compose de trois catégories principales : la publicité liée aux recherches, la publicité sur les annuaires et annonces classées et l'affichage publicitaire. L'IAB les définit comme suit :

18) Wannamaker (1838 –1922) vivait avant l'apparition de la télévision commerciale. Responsable de grands magasins aux Etats-Unis, il est considéré comme un pionnier du marketing.

19) IAB Europe recueille des statistiques pour 26 Etats européens. Plus d'informations sont disponibles sur : www.iabeurope.eu

20) IAB Europe, « AdEx Benchmark 2012 », 28 août 2013, disponible sur : www.iabeurope.eu/files/8113/7778/9154/IAB_Europe_Adex_Benchmark_2012_Report_Final_2MB.pdf

- La publicité liée aux recherches²¹ : « frais que les annonceurs paient aux entreprises de l'internet pour lister et/ou fournir un lien vers le site ou de le nom de domaine de leur entreprise lors de la recherche d'un terme ou d'une phrase spécifiques (y compris les revenus de la recherche payante) ».
- Publicité sur les annuaires et annonces classées²² : « forme de publicité qui est particulièrement répandue dans les journaux, en ligne et dans d'autres périodiques qui peuvent être vendus ou distribués gratuitement. Les annonces sont dites « classées » parce qu'elles sont habituellement regroupées dans une catégorie de produits ou de services (catégories comptabilité, voitures, vêtements...), et mises à disposition dans une section entièrement séparée, ce qui les distingue de l'affichage publicitaire. L'affichage publicitaire comporte généralement des visuels ou d'autres illustrations et apparaît plus couramment sur l'ensemble d'une publication, à côté du contenu éditorial ».
- L'affichage publicitaire (« *display advertising*²³ ») : « forme de publicité en ligne dans laquelle le message d'un annonceur s'affiche sur la page web, généralement dans un encart situé en haut, en bas ou d'un côté du contenu de la page » (par exemple les bandeaux publicitaires, les publicités vidéo en ligne, les fenêtres contextuelles etc.).

L'affichage publicitaire est la forme de publicité en ligne la plus importante pour le secteur audiovisuel. Comme nous l'expliquerons plus avant dans la deuxième partie, la vidéo en ligne a introduit pour les marques et les annonceurs de nouvelles possibilités pour interagir avec les consommateurs, qui n'étaient auparavant pas possibles avec de simples bandeaux publicitaires ou fenêtres contextuelles. Il n'est donc pas surprenant que l'affichage publicitaire, avec 32.4 % du marché européen de la publicité en ligne en 2012 pour une valeur de 7.8 milliards d'euros et un taux de croissance de 9.1 % par rapport à 2011, constitue la deuxième catégorie la plus importante de publicité en ligne en Europe, juste après la publicité liée aux recherches.

3. L'écosystème de l'affichage publicitaire en ligne

L'écosystème de l'affichage publicitaire en ligne est particulièrement complexe et fragmenté, et de nombreux acteurs interviennent tout au long de la chaîne de valeur (voir l'illustration 1 ci-dessous²⁴). Mais le grand nombre d'acteurs et la complexité générale du marché ne doivent pas nous faire oublier qu'un processus de consolidation est en cours, dans lequel des acteurs globaux (tels que Google, Yahoo!, Microsoft, AOL, Facebook) dominent le marché et investissent à presque tous les niveaux de l'écosystème des outils techniques publicitaires afin de proposer à leurs clients un service intégré. En outre, ces grandes sociétés proposant des outils technologiques pour la publicité endossent aussi le rôle d'éditeurs, en offrant un service complet à leurs clients (par exemple, YouTube de Google vend de l'espace publicitaire via le réseau et la plateforme d'échanges publicitaires DoubleClick de Google et les acteurs de la télévision sur internet investissent dans des contenus originaux pour se différencier encore de leurs concurrents).

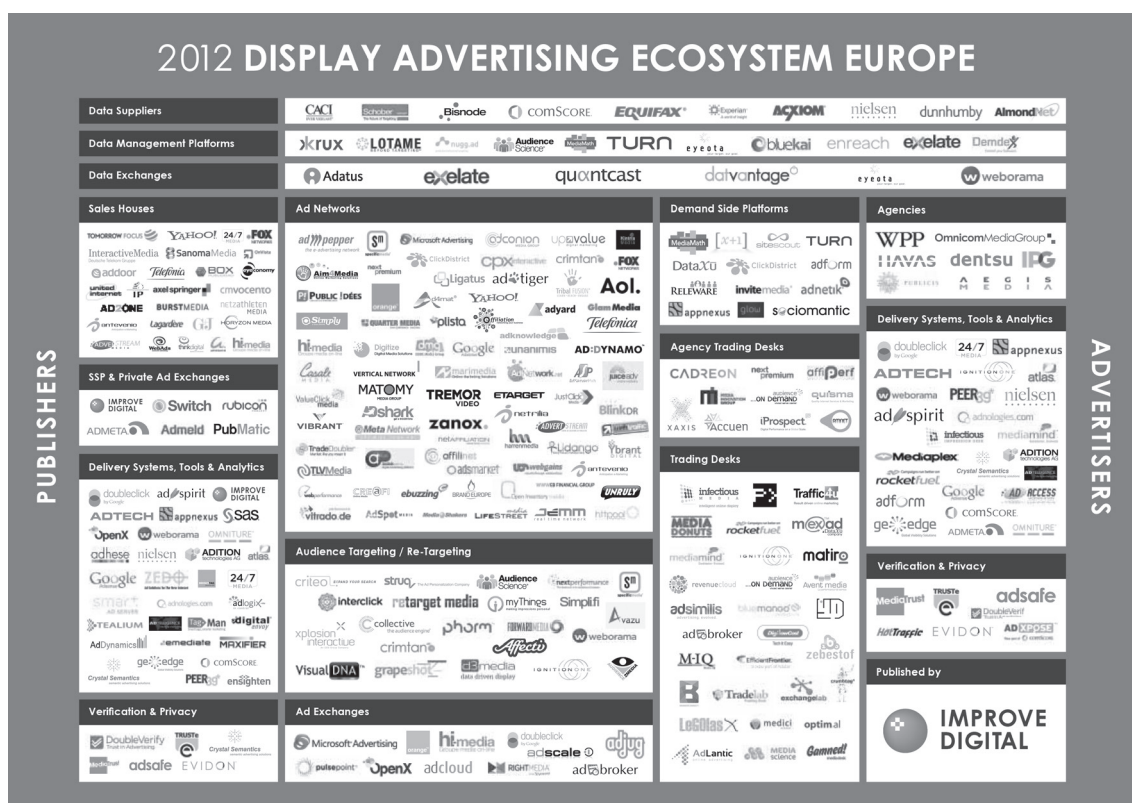
Aux deux extrémités du marché se trouvent les éditeurs, qui vendent de l'espace publicitaire, et les annonceurs, qui veulent placer de la publicité sur les sites des éditeurs afin d'atteindre leur cible (un marché bilatéral traditionnel). Entre ces deux extrémités se trouvent de nombreux acteurs qui interviennent à différents niveaux du processus publicitaire et qui ont un rôle d'intermédiaire (achat, vente, réseaux et plateformes d'échanges publicitaires, ciblage, vérifications techniques, analyses, vérifications et contrôles en matière de protection de la vie privée, etc.).

21) IAB, « Glossary of Interactive Advertising Terms v. 2.0 », disponible sur : www.iab.net/media/file/GlossaryofInteractiveAdvertisingTerms.pdf

22) IAB UK, « Jargon buster », disponible sur : www.iabuk.net/resources/jargon-buster

23) Voir *supra* note 21.

24) L'illustration originale de l'écosystème américain de l'affichage publicitaire en ligne a été créée par l'entreprise d'investissement LUMA partners, et a depuis été adaptée au marché européen de l'affichage publicitaire en ligne, disponible sur : www.lumapartners.com/lumascapes/display-ad-tech-lumascapes

Illustration 1 : L'écosystème de l'affichage publicitaire européen en ligne en 2012²⁵

Source : Exchangewire

Dans la mesure où le grand nombre d'acteurs et d'intervenants rendent difficile une analyse exhaustive de l'ensemble de l'écosystème, nous avons choisi de nous concentrer sur les plus significatifs d'entre eux :

3.1. Principaux acteurs du marché de l'affichage publicitaire en ligne

Les principaux acteurs du marché de l'affichage publicitaire en ligne sont les suivants :

- Annonceurs/marques et leurs agences publicitaires : ces acteurs doivent promouvoir leur produit/service et donc acheter de l'espace publicitaire pour en assurer la promotion auprès de l'audience des éditeurs.
- Plateformes d'optimisation publicitaire (annonceurs) (« Demand side platforms ») : il s'agit des plateformes proposant des outils publicitaires techniques qui permettent aux marques de gérer leurs campagnes médias en ligne en facilitant l'achat par enchères, sur une plateforme de gestion centralisée, d'affichage média et de données utilisateurs issues d'une multiplicité de fournisseurs d'inventaires et de données.
- Réseaux publicitaires : les réseaux publicitaires jouent le rôle de bureaux de vente et/ou de courtiers. Ils sont donc des intermédiaires entre annonceurs et éditeurs. Ils agrègent les audiences et vendent sous forme de « package » les inventaires et les données qui permettent un meilleur ciblage. Les principales entreprises dans ce domaine sont DoubleClick (Google), Yahoo! Publisher Network et adCenter (Microsoft).
- Plateformes d'échanges publicitaires : les plateformes d'échanges publicitaires sont des plateformes de vente aux enchères qui facilitent l'achat et la vente d'inventaires entre plusieurs parties, des éditeurs directs aux réseaux publicitaires en passant par les plateformes d'optimisation publicitaire (AdEx Google, Right Media Yahoo). Ces places de marché automatisées permettent aux

25) Illustration d'Exchangewire, disponible sur : www.exchangewire.com/wp-content/uploads/2012/05/IMPROVE-DIGITAL_DISPLAY-ADVERTISING-ECOSYSTEM-EUROPE-2012.jpg

vendeurs de monétiser leur inventaire en acceptant la plus haute enchère de l'acheteur souhaitant délivrer sa publicité à une audience adéquate/spécifique au moment propice par exemple DoubleClick (Google), Right Media (Yahoo!), AdECN (Microsoft). Ces enchères sont réalisées en temps réel afin d'être plus efficaces.

- Entreprises de reciblage publicitaire : les entreprises de reciblage rassemblent des données sur les utilisateurs au moyen de cookies et d'autres technologies de collecte de données en vue de cibler le « bon » public avec la « bonne publicité ».
- Éditeurs : les éditeurs vendent l'attention de leurs utilisateurs en commercialisant de l'espace publicitaire. Les éditeurs sont des sites de vidéo (tels que YouTube de Google, Dailymotion et les sites internet des chaînes de télévision), des sites de journaux, des blogs, ainsi que quasiment l'ensemble des sites dont le financement dépend des revenus publicitaires et qui commercialisent donc de l'espace publicitaire.

Bien qu'il soit compliqué de bien saisir le fonctionnement de tous ces intermédiaires, on ne peut que constater que le marché de la publicité en ligne, avec l'introduction de diverses technologies, change le processus global d'achat et de vente de publicité. Et quand bien même il existe une multitude d'acteurs sur ces marchés, une poignée d'entreprises intégrées comme Google, AOL, Microsoft et Yahoo! dominant le marché et maintiennent leur position dominante par le biais de fusions et d'acquisitions.

II. Principaux objectifs et tendances de l'affichage publicitaire en ligne

1. Principaux objectifs de l'affichage publicitaire en ligne

L'affichage publicitaire est plus complexe que les deux autres formes de publicité en ligne, à savoir la publicité liée aux recherches et les annonces classées. Dans le cadre des recherches, les mots clés renseignent sur l'intérêt du consommateur. Dans le cadre de la publicité sur les annuaires et des annonces classées, le consommateur recherche directement le produit/service qui l'intéresse.

Mais dans le cas de l'affichage publicitaire, les annonceurs ont besoin d'informations supplémentaires sur le consommateur afin de lui proposer une publicité qui l'intéresse outre le fait que la publicité contextuelle peut donner des indications sur les intérêts du consommateur. Pendant bien longtemps après les débuts de l'internet public commercial, l'affichage publicitaire se composait principalement de bandeaux publicitaires et de fenêtres contextuelles, qui ne ciblaient pas les utilisateurs de manière spécifique. De plus, les bandeaux publicitaires statiques et les fenêtres contextuelles étaient considérées comme agaçants – la plupart des utilisateurs internet le confirment après en avoir fait l'expérience. La popularité des logiciels de blocage des publicités et des fenêtres contextuelles souligne encore la perception négative de ces formes de publicité²⁶. Il convient d'ailleurs de relever que Google a banni les fenêtres contextuelles de ses sites internet²⁷.

Le principal objectif de l'affichage publicitaire est de proposer la bonne annonce publicitaire, au bon moment, à la bonne personne. Cet objectif est mis en œuvre en recourant à de multiples processus et outils techniques publicitaires. Ceux-ci sont expliqués plus en détail ci-dessous.

1.1. Le bon message publicitaire

Collecte d'informations personnelles (« big data »)

C'est avant tout²⁸ grâce aux « big data » (informations personnelles) des utilisateurs qui sont collectées (par le recours aux cookies, en assignant une identité numérique unique à chaque utilisateur individuel afin de les suivre sur plusieurs dispositifs connectés) que le bon message publicitaire peut

26) McCoy S. et al., « A Study of the Effects of Online Advertising : A Focus on Pop-Up and In-Line Ads », *Proceedings of the Third Annual Workshop on HCI Research in MIS, Washington, D.C.*, 10-11 décembre 2004, p. 50-54, disponible sur : interruptions.net/literature/McCoy-HCIRMIS04.pdf

27) Google, « No pop-up ads allowed on Google », disponible sur : www.google.com/help/nopopupads.html

28) L'exploitation des big data n'est pas le seul moyen de délivrer la bonne publicité à la bonne personne (publicité contextuelle).

être délivré à la bonne personne. Cette collecte permet ensuite de cibler les usagers sur la base de leur profil (préférences, intérêts, âge, revenu, etc.). L'exploitation des informations personnelles par des entreprises privées focalise de plus en plus l'attention du grand public, car il n'est pas toujours facile de savoir quelles sont les données collectées, conservées et utilisées pour suivre les individus dans leur usage du web. Cet article est trop bref pour exposer toutes les préoccupations que soulève l'utilisation commerciale des « *big data* ». On se contentera donc de signaler que le recueil et l'exploitation des données personnelles focalise davantage actuellement l'attention de la société, des régulateurs et des législateurs, tant en Europe qu'aux Etats-Unis.

Publicité vidéo en ligne

Le bon message publicitaire peut aussi être proposé aux utilisateurs via des publicités vidéo en ligne. Le recours à ce type d'annonces représente un marché estimé à 662 millions d'euros en 2012 (avec une croissance annuelle de plus de 50.6 millions chaque année et qui représente 13 % du marché de l'affichage publicitaire européen), avec une croissance à deux chiffres, favorisée par des débits et des capacités réseau plus élevées. Les facteurs de la croissance de la publicité vidéo en ligne sont multiples :

- La vidéo est un moyen²⁹ pour les annonceurs de promouvoir leur marque³⁰, et leur permet de combiner annonces télévisées et en ligne pour créer des campagnes de publicité intégrées, en proposant des contenus supplémentaires sur le web (marketing de contenu).
- L'abondance de contenus vidéo disponibles sur internet permet l'insertion de publicités vidéo au début, au milieu ou à la fin d'un clip vidéo. Les utilisateurs consomment de plus en plus de vidéos en ligne (que ce soit sur des plateformes de contenus générés par des utilisateurs, des sites de vidéos financés par la publicité, des réseaux sociaux ou des sites de journaux). Aussi l'univers en ligne offre-t-il beaucoup d'espace et de catalogues de vidéos susceptibles d'intégrer de la publicité. Cette forme de publicité est en concurrence croissante avec les publicités traditionnelles diffusées en télévision, et est soutenue par la création de contenus originaux par les acteurs de la télévision sur internet.
- L'accroissement des capacités réseaux en Europe³¹ facilite la diffusion de contenus vidéo.

1.2. Le bon moment

La diffusion du bon message publicitaire est seulement l'un des objectifs de l'affichage publicitaire en ligne. Le deuxième objectif, à savoir sa diffusion au bon moment, est mis en œuvre grâce aux enchères en temps réel³² et à l'achat programmatique d'espace publicitaire. Les enchères en temps réel fonctionnent de la même manière qu'une bourse. Les éditeurs mettent à disposition leur inventaire et donc, l'audience qui consulte leurs sites internet sur des plateformes d'échanges publicitaires pour que les annonceurs et les marques enchérissent. Le processus est entièrement automatisé et ne prend que quelques fractions de secondes. Le processus d'enchères se fonde sur des algorithmes qui mettent en relation les profils d'utilisateurs avec les enchères des annonceurs pour ce type de profils, c'est-à-dire les profils « utiles » auxquels les annonceurs souhaitent faire parvenir leurs publicités, maximisant le prix de ces profils et des espaces publicitaires dans l'objectif de connecter les publicités au public adéquat. L'achat de publicité évolue vers un achat programmatique³³ (sans intervention humaine) et les mises aux enchères en temps réel, qui sont plus efficaces qu'une négociation de chaque espace publicitaire entre éditeurs et réseaux publicitaires.

29) Elliott S., « For Online Video Publishers, a New Tack on Luring Ad Dollars », *The New York Times*, 7 mai 2014, disponible sur : www.nytimes.com/2014/05/08/business/media/for-online-video-publishers-a-new-tack-on-luring-ad-dollars.html

30) IAB UK, « Brand Building Online FAQs », disponible sur : <http://www.iabuk.net/sites/default/files/research-docs/Brand%20Building%20Online%20FAQs.pdf>

31) Akamai, *Akamai's State of the Internet*, Rapport Q4 2013, Volume 6 numéro 4, disponible sur : www.akamai.com/dl/akamai/akamai-soti-q413.pdf

32) Ballve M., « RTB Or Real-Time Bidding Is The Future Of Digital And Mobile Advertising –Here's What You Need To Know », *Business Insider*, 26 septembre 2013, disponible sur : www.businessinsider.com/rtb-or-real-time-bidding-is-the-future-2013-9

33) Hof R., « Programmatic Advertising To Gobble Up Even More Ad Budgets – Report », *Forbes*, 15 mai 2014, disponible sur : www.forbes.com/sites/roberthof/2014/05/15/programmatic-advertising-to-gobble-up-even-more-ad-budgets-report/

1.3. La bonne personne

Le troisième objectif de l'affichage publicitaire est de mettre la publicité à disposition de la bonne personne, c'est-à-dire d'un individu susceptible d'être intéressé par le produit ou service promu. Cela est possible, à nouveau, grâce à l'utilisation des informations recueillies sur les utilisateurs afin d'établir leurs profils. La popularité des réseaux sociaux, tels que Facebook et Twitter, a permis aux éditeurs de rassembler des informations substantielles sur leurs utilisateurs, qui ont une valeur pour les annonceurs. Le profil personnel établi pour un utilisateur est alors utilisé pour le cibler avec une publicité spécifique.

La prolifération croissante de dispositifs mobiles connectés, tels que smartphones et tablettes, rend le suivi des utilisateurs sur différents dispositifs³⁴ plus difficile pour les sociétés spécialisées dans les outils techniques publicitaires. En effet, les cookies ne fonctionnant pas sur les dispositifs mobiles connectés et ils ne se synchronisent pas entre navigateurs. Les développements récents vont vers l'établissement d'une identité numérique unique³⁵ pour chaque utilisateur sur la base de diverses informations techniques collectées sur le terminal mobile ou l'ordinateur, qui permet de suivre les utilisateurs sur plusieurs terminaux. Google, par exemple, peut suivre ses utilisateurs sur téléphone Android, sur Gmail et sur le navigateur Chrome, et Microsoft peut tracer les utilisateurs d'une application à l'autre. Il apparaît clairement que la capacité à suivre un utilisateur lors de ses activités en ligne sur différents dispositifs devient essentielle, alors que l'usage évolue et s'adapte aux dispositifs mobiles.

2. Les tendances clés pour l'affichage publicitaire en ligne – l'avènement du consommateur mobile

2.1. Une nouvelle source de revenus – la publicité mobile

Le progrès des dispositifs mobiles et l'usage qu'en font les consommateurs offrent aux annonceurs et aux éditeurs de nouveaux moyens d'entrer en contact avec les consommateurs. Les dispositifs mobiles connectés permettent la géo-localisation, et donc un ciblage et un marketing géo-localisés, c'est-à-dire que la publicité se fonde sur la localisation de l'utilisateur. Dans cette nouvelle forme de communication commerciale, une publicité donnée ne s'affiche que si l'utilisateur est dans une zone géographique spécifique. L'usage croissant des terminaux mobiles connectés, en parallèle avec l'augmentation de la consommation de vidéos en ligne, accroît encore le marché exploitable des annonceurs. Un consommateur peut être touché n'importe où, n'importe quand, et plus seulement lorsqu'il ou elle se trouve devant un ordinateur, ce qui limitait à la fois le marché potentiel et les possibilités d'interaction avec l'utilisateur.

L'augmentation significative de la publicité mobile à laquelle nous avons assisté ces dernières années va de pair avec l'usage croissant des dispositifs mobiles et leur prolifération dans la population européenne. La valeur de la publicité mobile s'élevait à 3.58 milliards USD en 2013 en Europe de l'ouest, selon des données eMarketer³⁶, et on estime qu'elle atteindra 15.18 milliards USD en 2017.

En ce qui concerne l'utilisation de téléphones mobiles avec accès internet en Europe, eMarketer estime que 40% de la population d'Europe de l'ouest utilise le web au moins une fois par mois depuis un téléphone mobile, et ce chiffre devrait atteindre les 66 % d'ici 2017. La popularité des tablettes, en particulier pour la consommation de vidéos en ligne, renforce encore davantage cette tendance.

Les dispositifs mobiles connectés permettent aux annonceurs de les utiliser comme deuxièmes écrans, et d'interagir avec les consommateurs qui sont devant leur téléviseur. Les possibilités offertes par les deuxièmes écrans sont vastes et les marques explorent en ce moment les divers moyens d'interagir

34) Cain Miller C. et Sengupta S., « Selling Secrets of Phone Users to Advertisers », *The New York Times*, 5 octobre 2013, disponible sur : www.nytimes.com/2013/10/06/technology/selling-secrets-of-phone-users-to-advertisers.html

35) Rosenberg A., « ID Is Key : Unlocking Mobile Tracking & Cross-Device Measurement, Part 2 », *The Makegood*, 14 août 2013, disponible sur : www.the-makegood.com/2013/08/14/id-is-key-unlocking-mobile-tracking-cross-device-measurement-part-2/

36) eMarketer, « Display, Mobile Key Drivers of Western European Digital Ad Spending Growth - Investment in digital ads more mature in Germany, France », 8 novembre 2013, disponible sur : www.emarketer.com/Article/Display-Mobile-Key-Drivers-of-Western-European-Digital-Ad-Spending-Growth/1010371

avec les consommateurs qui se trouvent devant leurs téléviseurs via les deuxièmes écrans. Les réseaux sociaux, tels que Facebook et Twitter, développent des technologies qui permettent de combiner publicités et programmes télévisés avec des contenus attractifs proposés sur l'écran du téléphone. L'objectif des publicités sur deuxième écran est d'impliquer encore davantage les consommateurs en leur proposant des informations et des publicités pertinentes, en lien direct avec ce qu'ils regardent sur leur téléviseur.

2.2. Limites de la publicité sur mobile

La publicité sur mobile offre certes de nouvelles possibilités aux marques, aux annonceurs et aux éditeurs pour impliquer les consommateurs et dégager de nouvelles sources de revenus, mais plusieurs limites et difficultés subsistent.

Il est encore difficile pour les éditeurs de monétiser le contenu sur les dispositifs mobiles, et cette forme de publicité ne bénéficie pas encore de la confiance totale des annonceurs et des marques, qui s'interrogent sur la présentation et la mise à disposition de publicité sur les dispositifs mobiles. Les gens regardent-ils vraiment les publicités sur dispositifs mobiles ou les considèrent-ils comme une nuisance ? Les sociétés qui commercialisent des outils publicitaires techniques pour mobile et les éditeurs font de leur mieux pour rassurer les annonceurs et démontrer l'efficacité de la publicité sur mobile, mais le secteur n'est pas encore entièrement convaincu. A l'instar des bandeaux publicitaires aux débuts de l'internet, les nouvelles formes de publicité ont besoin de temps pour se développer et démontrer tout leur potentiel, et la publicité sur mobile n'échappe pas à la règle. La situation est encore plus problématique pour les éditeurs, alors que l'audience mobile représente une part de plus en plus significative de leur audience totale. Pour les éditeurs, il est donc essentiel de trouver les moyens permettant de garantir l'efficacité et la fiabilité de la publicité pour mobile aux yeux des annonceurs et des marques.

Le marché de la publicité sur mobile présente de faibles marges (ce qui a des effets sur les résultats des entreprises, même dans le cas d'un acteur dominant tel que Google³⁷). Les publicités en ligne sont moins chères qu'en télévision et les publicités sur mobile sont moins chères qu'en ligne. Il est donc crucial, comme dans toute activité à faible marge, d'atteindre une échelle et une portée suffisantes. Seuls les acteurs globaux et internationaux sont à même d'agréger les audiences nécessaires pour rentabiliser leur activité de publicité sur mobile. Il ne faut donc pas s'étonner que, d'après eMarketer³⁸, le marché mondial de la publicité sur mobile ait été dominé par deux entreprises seulement en 2013 : Google, avec 52.3 % du marché et Facebook, avec 15.8 %. Cette forte domination témoigne de l'échelle et de la portée importantes de ces acteurs en termes d'utilisateurs, ce dont seules quelques entreprises peuvent se prévaloir dans le marché global de la publicité sur internet.

III. Perspectives

La croissance de l'affichage publicitaire en ligne résulte de plusieurs tendances, comme l'a montré cette brève introduction. Tout d'abord, le nombre croissant d'utilisateurs d'internet, la consommation accrue de contenus vidéo et le développement des capacités du réseau élargissent le marché potentiel de l'affichage publicitaire en ligne. L'utilisation par les annonceurs et les marques de vidéos en ligne comme outils de promotion souligne encore cette tendance, dans la mesure où la vidéo offre beaucoup plus de possibilités d'impliquer un consommateur potentiel que les bandeaux publicitaires ou les fenêtres contextuelles, qui étaient les formes d'affichage publicitaire les plus répandues avant l'avènement des vidéos en ligne. L'utilisation des « *big data* » et le profilage des utilisateurs qui en résulte permet un ciblage plus précis et une personnalisation de l'affichage publicitaire, et donc une plus grande efficacité pour les annonceurs et les marques. Les entreprises d'affichage publicitaire en ligne bénéficient en outre des innovations technologiques récentes et les intègrent dans leurs activités publicitaires. Les enchères en temps réel et l'achat programmatique illustrent la manière dont la technologie rend possibles une vente et un achat plus précis et plus simples des inventaires publicitaires, facilitant ainsi le processus

37) Efrati A., « Google's Revenue Reignites Mobile Worries », *The Wall Street Journal*, 18 juillet 2013, disponible sur : <http://blogs.wsj.com/digits/2013/07/18/googles-revenue-reignites-mobile-worries/>

38) eMarketer, « Google takes home half of worldwide mobile Internet Ad revenue », 13 juin 2013, disponible sur : www.emarketer.com/Article/Google-Takes-Home-Half-of-Worldwide-Mobile-Internet-Ad-Revenues/1009966

pour les acheteurs et les vendeurs. La prolifération des dispositifs mobiles connectés ouvre un nouveau marché, en élargissant la portée potentielle de l'affichage publicitaire en ligne, et en permettant de nouvelles formes de publicités, telles que l'utilisation du dispositif mobile comme deuxième écran ou la publicité fondée sur la localisation géographique.

Cette tendance, qui a tout juste démarré en 2013, transforme la publicité de masse (comme en radiodiffusion) en des formes individualisées et personnalisées de publicités qui sont possibles dans l'univers en ligne.

Les limites sont toutefois multiples, car l'espace publicitaire en ligne offre des marges plus faibles qu'en télévision où un nombre limité de chaînes coexistent dans un environnement fermé et contrôlé, au contraire de l'espace en ligne où il n'existe pas de contrôle et où le contenu est abondant. Le faible prix des publicités en ligne limite les marges de cette activité, et les questions d'échelle, de portée et d'interopérabilité sont d'une importance cruciale à cet égard. La forte fragmentation de ce marché, ainsi que le nombre élevé d'acteurs qui tentent de s'approprier les budgets publicitaires, favorisent les acteurs numériques globaux qui dominent le marché. Les opérateurs dominants sur le marché des solutions techniques en matière de publicité et de la publicité en ligne sont Google, Facebook, Microsoft, AOL, Yahoo!, Amazon et Twitter, c'est-à-dire des entreprises à portée mondiale et qui disposent d'une large base d'utilisateurs. Le marché a tendance à se concentrer, dans la mesure où ces acteurs globaux acquièrent les entreprises plus petites en vue de renforcer leur position dominante. Afin d'être efficace et de disposer d'une position dominante sur le marché, une entreprise est tenue d'opérer à l'échelle mondiale et de disposer d'une large base de consommateurs/d'utilisateurs.

Des préoccupations subsistent néanmoins à propos de l'affichage publicitaire en ligne. Tout d'abord, les marques et les annonceurs ont toujours des doutes quant au caractère mesurable, à l'efficacité et à l'impact des publicités en ligne. L'industrie de la publicité en ligne produit une nombre gigantesque de rapports, d'études et de notes en vue de rassurer les annonceurs sur ces sujets, mais le prix limité des inventaires publicitaires dans l'espace en ligne, comparativement à la radiodiffusion, montre que davantage de preuves (ou de temps, ou d'expérience) sont encore nécessaires. Au cours du siècle dernier et au début de celui-ci, la radiodiffusion télévisée a eu tout le temps de faire réaliser des études démontrant le niveau élevé du retour sur investissement que les annonceurs étaient en droit d'espérer lorsqu'ils font de la publicité en télévision. L'industrie de la publicité en ligne a besoin de « preuves » similaires pour être en mesure de commencer à facturer ses services à des niveaux plus ou moins comparables à ceux de la télévision. Enfin, il existe également des préoccupations quant à la fraude en matière de trafic et au recours à des robots³⁹ pour élever de manière trompeuse les nombres d'impressions de publicités, alors qu'aucun être humain ne les a vues. Comme toujours avec les nouvelles technologies, il faut du temps pour clarifier le processus et établir la confiance dans le marché. Mais avec l'évolution des habitudes des consommateurs (en particulier des jeunes générations) qui regardent des contenus et une demande accrue de contenus en ligne, les marchés et les annonceurs migreront là où l'attention des consommateurs se concentre : le paysage en ligne.

Dernier point, et non des moindres, les sociétés occidentales sont de plus en plus attentives à l'utilisation que les organisations privées (et aussi publiques) font des données recueillies. Les scandales récents en matière de surveillance (par exemple de la NSA) ont alerté le public sur la manière dont leurs données sont collectées et utilisées à leur encontre. Les gens craignent de plus en plus que des entreprises privées établissent leurs profils et suivent chacun de leurs mouvements sur le web pour des motifs commerciaux. L'attention est désormais focalisée sur ce sujet, et il est difficile de dire à ce stade de quelle façon va évoluer la situation.

Enfin, un proverbe d'internet illustre parfaitement ce à quoi les usagers du web devraient s'attendre : « si vous ne payez pas pour ce produit, vous n'êtes pas le client : vous êtes le produit ».

39) Shields M., « Bots and 'Drone Pools': The Deep Bag of Tricks in Video-Ad Fraud », *The Wall Street Journal*, 26 mai 2014, disponible sur : online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702304893404579530000548363992

Le cadre juridique européen en vigueur

La réglementation des communications commerciales à l'heure de la convergence

Mark D. Cole¹

Université du Luxembourg

I. Introduction

Le cadre européen en vigueur relatif aux communications commerciales, aussi complexe qu'hétérogène, est composé de nombreux instruments juridiques couvrant chacun un domaine donné. Cette intrication se trouve accrue par l'émergence de nouveaux services de médias, qui sont eux-mêmes le produit d'évolutions technologiques de plus en plus rapides. Il est difficile, en conséquence, de déterminer quel est le régime réglementaire applicable aux nouveaux services « convergents », voire d'évaluer si ces derniers relèvent effectivement du champ d'application territorial du droit de l'Union européenne.

Le présent article vise à offrir un aperçu des ensembles de règles les plus pertinents en matière de communications commerciales. Il examine notamment la Directive Services de médias audiovisuels, la directive sur le commerce électronique, la directive sur les pratiques commerciales déloyales ainsi que les directives relatives à la protection des données. Plutôt que d'aborder la question sur la base d'exemples de communications commerciales « modernes » en se demandant si celles-ci sont ou non réglementées par le droit de l'Union et selon quelles modalités, les grandes parties qui suivent prennent pour point de départ les dispositions (potentiellement) applicables. Cette démarche permettra d'étendre l'analyse à des cas concrets, dont beaucoup sont présentés dans les autres articles de la présente publication. Il est frappant de constater qu'une fois de plus – à l'instar de la communication interprétative adoptée en 2004 par la Commission européenne pour clarifier l'applicabilité aux nouvelles formes de publicité des règles relatives à la télévision – ce sont les communications commerciales, considérées sous l'angle de leur offre et de leur consommation, qui interpellent les limites de la réglementation en vigueur et posent la question de la nécessité de nouvelles dispositions spécifiques.

1) L'auteur est assistant-professeur en droit (droit des nouvelles technologies de l'information, des médias et de la communication) à l'Université du Luxembourg depuis mars 2007 et directeur chargé des questions universitaires à l'Institut du droit européen des médias (EMR) de Sarrebruck depuis juillet 2014. Il remercie pour son aide dans la préparation du présent article Jenny Metzdorf, adjointe de recherche sur les projets Directive SMAV I et II (www.medialaw.lu), qui rédige actuellement sa thèse consacrée aux pratiques réglementaires liées à la Directive SMAV.

II. Cadre juridique de l'Union européenne applicable aux communications commerciales

1. La Directive Services de médias audiovisuels

1.1. Vue d'ensemble et périmètre d'application

La Directive Services de médias audiovisuels² (ci-après « Directive SMAV ») de 2007 contient un certain nombre de règles applicables aux services de médias audiovisuels. Elle est née de la nécessité de réviser le texte précédemment en vigueur, la Directive Télévision sans frontières, adoptée initialement en 1989 et modifiée en 1997, qui concernait uniquement certains aspects de la radiodiffusion télévisée. Le champ de la Directive SMAV est plus vaste, puisqu'il englobe la télévision classique ainsi que les services de médias audiovisuels à la demande, tout en tenant compte de la convergence accrue des médias. Si la radiodiffusion télévisée implique le visionnage simultané de programmes sur la base d'une grille chronologique, les services à la demande sont consommés « au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle³ ».

La directive repose sur une démarche réglementaire graduée et traite de façon plus approfondie les services de médias audiovisuels linéaires (télédiffusion) que les services non linéaires (à la demande). Cette approche à deux niveaux se reflète par exemple dans les règles concernant la protection des mineurs ou la promotion des œuvres européennes, mais aussi, plus particulièrement, dans le domaine des communications commerciales, comme nous allons le voir. Le considérant 79 de la Directive SMAV indique qu'il ne semble « ni justifié ni opportun du point de vue technique d'imposer des règles détaillées » s'agissant des services non linéaires. « Toutes les communications commerciales audiovisuelles devraient cependant respecter non seulement les règles d'identification, mais également un ensemble minimal de règles qualitatives pour répondre à des objectifs d'intérêt général clairement définis. » A l'inverse, la publicité télévisée est soumise à des règles tant qualitatives que quantitatives. Les obligations imposées aux radiodiffuseurs ont néanmoins été réduites par la Directive SMAV, qui tient compte de la difficulté de générer des recettes publicitaires suffisantes compte tenu des technologies dont disposent les téléspectateurs pour éviter la publicité⁴.

Outre ses objectifs économiques, la réglementation des communications commerciales repose également sur des motivations culturelles et sociales. Le considérant 59 de la Directive SMAV souligne que « la présence de contenus préjudiciables dans les services de médias audiovisuels est une source de préoccupation constante » qui nécessite d'imposer des règles « pour la protection de l'épanouissement physique, mental et moral des mineurs et pour la sauvegarde de la dignité humaine dans tous les services de médias audiovisuels, y compris les communications commerciales audiovisuelles ». La protection des mineurs fait donc partie des objectifs sous-tendant les dispositions relatives à la publicité de la directive. Plus généralement, les règles qu'elle contient visent à protéger les consommateurs, par exemple contre la publicité excessive, ainsi que l'a reconnu la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire RTL/NLM⁵. Toutefois, les questions relatives à la protection des données, apparues avec la personnalisation accrue des contenus (via la création de profils d'utilisateurs, par exemple), ne sont pas expressément réglementées par la Directive SMAV ; elles sont cependant prises en compte dans la réforme en cours ainsi que dans la proposition de règlement général sur la protection des données élaborée par la Commission. Dans son livre vert de 2013, la Commission a reconnu combien il était crucial à cet égard d'« inciter les consommateurs à faire davantage confiance aux modèles économiques novateurs⁶ ».

2) Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 332 du 18 décembre 2007, p. 27, telle que codifiée par la Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels), JO L 95 du 15 avril 2010, p. 1 (ci-après dénommée « Directive SMAV »). Voir également le rectificatif publié au JO L 263 du 6 octobre 2010, p. 15.

3) Article 1^{er}, paragraphe 1, points e) et g), de la Directive SMAV.

4) Considérant 85 de la Directive SMAV.

5) CJUE, Affaire C-245/01, *RTL Television GmbH contre Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Rec. 2003, p. I -12489 (EU:C:2003:580), point 64.

6) Commission européenne, Livre vert « Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent : croissance, création et valeurs », COM(2013) 231 final du 24 avril 2013, paragraphe 3.3, p. 17.

Il est important de noter que l'application des règles qui concernent les communications commerciales est déterminée au premier chef par l'appartenance ou non du service considéré au périmètre de la directive. Selon son article 1, paragraphe 1, point a) i), on entend par « service de médias audiovisuels » :

un service tel que défini aux articles 56 et 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [TFUE], qui relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias et dont l'objet principal est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques.

Les critères sont cumulatifs et plusieurs éléments sont définis plus avant dans la suite de l'article 1, paragraphe 1, de la directive. Toutefois, certaines notions telles que la « responsabilité éditoriale » ou l'« objet principal » sont ambiguës et difficiles à appliquer dans les faits. Avec la télévision connectée, qui associe radiodiffusion et internet sur l'écran du téléviseur, certains principes et concepts clés de la Directive SMAV se trouvent également mis à mal. La directive recense trois types de services de médias audiovisuels : i) les émissions télévisées, ii) les services à la demande⁷ et iii) les communications commerciales audiovisuelles, définies comme suit :

des images, combinées ou non à du son, qui sont conçues pour promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique. Ces images accompagnent un programme ou y sont insérées moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion. La communication commerciale audiovisuelle revêt notamment les formes suivantes : publicité télévisée, parrainage, téléachat et placement de produit.

Les communications commerciales audiovisuelles forment ainsi un sous-groupe à part de services régis par la directive. Cette dernière définit dans le détail les types de communications commerciales les plus courants, tels que la « publicité télévisée », le « parrainage » ou le « placement de produit ». La partie qui suit examine les règles matérielles applicables aux communications commerciales audiovisuelles.

1.2. Règles spécifiques concernant les communications commerciales

1.2.1. Dispositions d'application générale

Avant d'examiner les principales dispositions relatives aux communications commerciales, nous nous proposons de détailler un certain nombre de dispositions générales applicables à tous les services de médias audiovisuels. L'article 5 de la Directive SMAV définit les informations auxquelles les fournisseurs de services sont tenus d'offrir « un accès facile, direct et permanent » à leurs clients. Il s'agit entre autres du nom du fournisseur de services, de son adresse géographique, de son adresse de courrier électronique ou de son site internet. Ceci permet de garantir que les consommateurs puissent contacter aisément les fournisseurs de services. Cette obligation horizontale figure non seulement dans la Directive SMAV, mais aussi dans la directive de 2000 sur le commerce électronique⁸, qui concerne les services de la société de l'information analysés ci-après.

L'article 6 de la Directive SMAV interdit les contenus incitant « à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité ». Dans la mesure où elle concerne tous les services de médias audiovisuels, cette interdiction s'applique également aux communications commerciales audiovisuelles. Il est intéressant de noter que l'article 7 encourage les fournisseurs de services de médias à « veiller

7) Pour une vue d'ensemble, voir Cole M., « Le cadre juridique européen des services à la demande : Quelle directive pour quels services ? » in Nikoltchev S. (éd.), *La réglementation des services audiovisuels à la demande : chaos ou cohérence ?*, IRIS Spécial, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2011, p. 41 à 53 ; Cabrera Blázquez F. J., « Les services à la demande : créés à l'image de la télévision ? » in Nikoltchev S. (éd.), *Qu'est-ce qu'un service à la demande ?*, IRIS plus 2013-4, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2013, p. 7 à 29 ; Scheuer A., « La convergence des terminaux, plateformes et services de médias audiovisuels – Les défis posés par la télévision connectée au cadre juridique de l'UE » in Nikoltchev S. (éd.), *Convergence des médias : des lois différentes pour un même contenu ?* IRIS plus 2013-3, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2013, p. 7 à 25.

8) 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, JO L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

à ce que les services qu'ils offrent deviennent progressivement accessibles aux personnes souffrant de déficiences visuelles ou auditives ». Le sous-titrage ou l'audiodescription des œuvres audiovisuelles (longs métrages, par exemple) sont des pratiques courantes. Sur le principe, ces techniques devraient être étendues aux communications commerciales, puisque l'article 7 utilise le terme générique de « services », qui englobe les spots publicitaires.

1.2.2. Disposition clé de l'article 9 de la Directive SMAV détaillant les principes généraux applicables aux communications commerciales

Parmi les dispositions spécifiquement consacrées aux communications commerciales audiovisuelles, la plus importante figure dans l'article 9 de la Directive SMAV et définit les critères généraux auxquels elles doivent répondre, lesquels comprennent des obligations qualitatives, mais aussi des exigences, parfois restrictives, concernant l'inclusion de certains produits ou services. Les utilisateurs doivent ainsi être en mesure de reconnaître comme telles les communications commerciales audiovisuelles⁹. En conséquence, les communications commerciales « clandestines » (publicité cachée) sont interdites et l'utilisation d'autres « techniques subliminales » n'est pas non plus autorisée¹⁰. En outre, les communications commerciales ne doivent pas porter atteinte à la dignité humaine, ne doivent pas comporter ou promouvoir les discriminations, et ne peuvent encourager des comportements préjudiciables à la santé, à la sécurité ou à la protection de l'environnement¹¹. Il s'agit là de valeurs et d'objectifs d'intérêt général importants. Point intéressant, la publicité pour les boissons alcooliques est autorisée sur le principe, et n'est limitée que dans la mesure où les spots « ne doivent pas s'adresser expressément aux mineurs et ne doivent pas encourager la consommation immodérée de ces boissons¹² ». Est strictement interdite en revanche la publicité pour les cigarettes et les autres produits du tabac, ainsi que pour les médicaments et traitements médicaux disponibles uniquement sur ordonnance¹³.

Dans un souci de protection des mineurs, toute communication commerciale audiovisuelle qui leur serait nuisible ou préjudiciable est interdite. Ce point est développé et entraîne que les communications commerciales ne doivent pas :

inciter directement les mineurs à l'achat ou à la location d'un produit ou d'un service en exploitant leur inexpérience ou leur crédulité, inciter directement les mineurs à persuader leurs parents ou des tiers d'acheter les produits ou les services faisant l'objet de la publicité, exploiter la confiance particulière que les mineurs ont dans leurs parents, leurs enseignants ou d'autres personnes, ou présenter sans motif des mineurs en situation dangereuse.

En complément de ces exigences précises, l'article 9, paragraphe 2, de la directive appelle les fournisseurs de services de médias à élaborer des codes déontologiques concernant les denrées alimentaires mauvaises pour la santé (c'est-à-dire riches en matières grasses, sel ou sucres). On notera que la directive ne prescrit pas explicitement, pour les communications commerciales audiovisuelles, une séparation des contenus rédactionnels et commerciaux, telle qu'elle s'impose à la publicité télédiffusée. Une version allégée de ce principe s'applique toutefois aux communications commerciales incluses dans des services non linéaires, puisqu'elles doivent être « reconnaissables » en tant que telles afin que le consommateur puisse s'adapter à une situation dans laquelle il n'existe pas de séparation stricte.

1.2.3. Parrainage et placement de produit

Outre l'article 9, qui concerne l'ensemble des communications commerciales audiovisuelles, les articles 10 et 11 de la Directive SMAV fixent des exigences supplémentaires pour les formes particulières de communications commerciales que sont le parrainage et le placement de produit. Le parrainage de programmes ou de services est autorisé de manière générale, tandis que le placement de produit est interdit par principe, mais accepté à titre exceptionnel dans certains types de programmes, tels que les œuvres cinématographiques, films, séries et autres programmes de divertissement légers¹⁴. Il découle

9) Article 9, paragraphe 1, point a), de la Directive SMAV.

10) Article 9, paragraphe 1, points a) et b), de la Directive SMAV.

11) Article 9, paragraphe 1, point c), de la Directive SMAV.

12) Article 9, paragraphe 1, point e), de la Directive SMAV.

13) Article 9, paragraphe 1, points d) et f), de la Directive SMAV.

14) Article 11, paragraphes 2 et 3, de la Directive SMAV.

de la structure de l'article que ce type de communication commerciale est dans les faits autorisé dans la plupart des formats, mais – de manière significative – proscrit dans les programmes destinés aux enfants, ainsi que dans les journaux télévisés et programmes d'actualité. Parallèlement, les programmes d'information ne peuvent faire l'objet de parrainage, alors qu'il appartient aux Etats membres d'autoriser ou non le parrainage pour les programmes destinés aux enfants, les documentaires ou les émissions religieuses¹⁵. Ces deux articles témoignent des inquiétudes particulières que suscite la nature même de ces formes de communications commerciales. Contrairement à la publicité traditionnelle composée de spots insérés en bloc au cours de coupures publicitaires, les mentions de parrainage et le placement de produit sont intégrés dans le programme et n'en sont donc pas séparés aussi nettement du point de vue du spectateur.

Les articles 10 et 11 visent à faire en sorte que le contenu des programmes ne soit en aucun cas « influencé de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale » du fournisseur de services¹⁶. Les consommateurs sont en outre protégés par le fait que les mentions de parrainage et le placement de produit ne peuvent pas « [inciter] directement à l'achat ou à la location de biens ou de services (...) en faisant des références promotionnelles spécifiques¹⁷ ». Par-dessus tout, le placement de produit et les programmes parrainés doivent être identifiés, afin que le spectateur soit correctement informé¹⁸. Dans la mesure où le placement de produit est incorporé dans un programme et fait partie de son contenu même, celui-ci ne doit pas « [mettre] en avant de manière injustifiée le produit en question ». Conformément aux dispositions générales contenues dans l'article 9 de la Directive SMAV, le placement de cigarettes ou d'autres produits du tabac, ainsi que de médicaments ou de traitements médicaux, est interdit¹⁹. Les programmes ne peuvent pas non plus être parrainés par des entreprises produisant ces produits ou services²⁰.

1.2.4. Autres dispositions importantes

La notion de communication commerciale audiovisuelle englobant – dans le cadre de la télédiffusion traditionnelle – la publicité et le téléachat, nous allons décrire brièvement les règles applicables à ces services afin de mettre en évidence ce qui les distingue de celles qui s'imposent à tous les services de médias audiovisuels. Outre le fait qu'elles concernent exclusivement la télévision, elles sont globalement plus strictes que les règles formulées pour l'ensemble des services de médias audiovisuels. Les principes clés sont ceux de l'identification et de la séparation, établis par l'article 19, paragraphe 1, de la Directive SMAV²¹. Les spectateurs doivent être en mesure d'identifier et de reconnaître la publicité et le téléachat, lesquels doivent en outre être « nettement séparés » des composantes rédactionnelles du programme « par des moyens optiques et/ou acoustiques et/ou spatiaux²² ». Le plus souvent, la publicité et le téléachat sont diffusés en blocs entre deux programmes et les spots isolés doivent être exceptionnels²³, même s'ils sont admis plus largement que dans les versions antérieures de la directive. En cas d'insertion de publicité pendant les programmes, il ne doit pas être porté atteinte « à l'intégrité des programmes, compte tenu de leurs interruptions naturelles, de leur durée et de leur nature²⁴ ». La directive précise aussi la fréquence des interruptions, limitant la diffusion d'une page de publicité ou de téléachat à « une fois par tranche programmée de trente minutes au moins²⁵ ». Les séries, feuillets

15) Article 10, paragraphe 4, de la Directive SMAV. Pour un exemple d'application dans le contexte d'une médiathèque, voir Matzneller P., « Le BKS statue sur la publicité contextuelle dans la médiathèque de l'ORF », IRIS 2014-2:1/5, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2014. Concernant la transposition variable des dispositions concernées de la Directive SMAV, voir Cole M. et Metzdorf J., *The EU Audiovisual Media Services Directive – Comparative Commentary on the AVMSD and National Implementation*, Munich, 2015 (non encore publié).

16) Article 10, paragraphe 1, point a), et article 11, paragraphe 3, point a), de la Directive SMAV.

17) Article 10, paragraphe 1, point b), et article 11, paragraphe 3, point b), de la Directive SMAV.

18) Article 10, paragraphe 1, point c), et article 11, paragraphe 3, point d), de la Directive SMAV.

19) Article 11, paragraphe 4, de la Directive SMAV.

20) Article 10, paragraphe 3, de la Directive SMAV.

21) La Cour de justice de l'Union européenne examine actuellement une affaire concernant l'interprétation des articles 19 et 23 de la Directive SMAV, en particulier le principe de séparation (concernant un écran partagé dont une partie est consacrée au générique de fin d'un programme et l'autre à un catalogue de présentation des programmes à venir), la classification des signes de parrainage (diffusion en lien avec d'autres programmes non parrainés) et la durée du temps publicitaire admissible. Affaire pendante C-314/14, *Sanoma Media Finland Oy contre Nelonen Media, Helsinki*.

22) Article 19, paragraphe 1, de la Directive SMAV.

23) Article 20, paragraphe 1, et article 19, paragraphe 2, de la Directive SMAV.

24) Article 20, paragraphe 1, de la Directive SMAV.

25) Article 20, paragraphe 2, de la Directive SMAV.

et documentaires sont exemptés ; la prescription s'applique en revanche aux programmes pour enfants à condition que leur durée soit supérieure à trente minutes. La diffusion des services religieux ne peut s'accompagner de publicité télévisée ou de téléachat²⁶. Au total, une heure de télédiffusion peut comprendre douze minutes de publicité télévisée et de téléachat, compte non tenu des messages d'autopromotion du radiodiffuseur²⁷. Par ailleurs, la publicité pour les boissons alcooliques est autorisée dès lors qu'elle est conforme à l'article 22 de la Directive SMAV garantissant la protection des mineurs. Ainsi, la publicité et le téléachat ne doivent pas, entre autres, « être spécifiquement adressé[s] aux mineurs », « associer la consommation d'alcool à une amélioration des performances physiques ou à la conduite automobile » ou « encourager la consommation immodérée de boissons alcooliques²⁸ ». S'agissant du téléachat, l'article 21 de la directive interdit cette pratique pour les médicaments et les traitements médicaux²⁹. L'insertion de fenêtres de téléachat est autorisée moyennant une identification claire et une durée minimale de quinze minutes³⁰. Avant la modification de la Directive SMAV en 2007, la Commission avait précisé en 2004, dans une communication interprétative, que les règles de la Directive Télévision sans frontières (TSF) s'appliquaient aux techniques publicitaires telles que l'écran partagé et la publicité virtuelle et interactive, et avait clarifié les modalités de cette application³¹.

1.3. Pertinence de la notion de « programme » et liens avec d'autres directives

D'autres points d'importance moindre méritent d'être mentionnés, car ils ont une incidence sur l'interprétation des règles applicables aux communications commerciales audiovisuelles. Abordons d'abord la question de savoir si ces dernières constituent un programme au sens de l'article 1, paragraphe 1, point b), de la Directive SMAV, c'est-à-dire :

un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un fournisseur de services de médias et dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle. Un programme est, à titre d'exemple, un film long métrage, une manifestation sportive, une comédie de situation, un documentaire, un programme pour enfants ou une fiction originale³².

Si la Directive SMAV ne précise pas expressément que les publicités ne constituent pas des programmes, le libellé des définitions relatives aux communications commerciales audiovisuelles et aux autres formes que celles-ci peuvent prendre va dans ce sens, dans la mesure où elles n'emploient jamais le terme de « programme³³ ». A l'inverse, les définitions de la radiodiffusion télévisuelle et des services à la demande se réfèrent explicitement à cette notion. En outre, la liste d'exemples proposée dans la définition du « programme » reproduite ci-dessus ne mentionne pas les communications commerciales audiovisuelles. Dans la même veine, les règles définissant les principes généraux applicables à la publicité télévisée et au téléachat emploient le terme de « programme ».

Cette différenciation peut avoir des conséquences pour l'application des règles de la directive en matière de protection des mineurs. L'article 12 impose que les contenus « qui pourraient nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ne soient mis à la disposition du public que dans des conditions telles que les mineurs ne puissent normalement entendre ou voir » les services à la demande : cette disposition fait donc sans ambiguïté référence aux « services ». Inversement, l'article 27 énumère les critères définissant les « programmes » nuisibles aux mineurs. L'utilisation des termes « service » dans l'article 12 et « programme » dans l'article 27 est peut-être fortuite, mais la notion de « programme » semble plus restreinte que celle de « service » (laquelle inclut en outre les communications commerciales audiovisuelles). En tout état de cause, la protection des mineurs dans les communications commerciales audiovisuelles est garantie par la règle générale applicable à tous les services de médias audiovisuels établie par l'article 9, paragraphe 1, point g), de la Directive SMAV.

26) Article 20, paragraphe 2, de la Directive SMAV.

27) Article 23 de la Directive SMAV.

28) Article 22, points a), b) et e), de la Directive SMAV.

29) Article 21 de la Directive SMAV.

30) Article 24 de la Directive SMAV.

31) Communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la directive « Télévision sans frontières » concernant la publicité télévisée, JO C 102 du 28 avril 2004, p. 2.

32) Article 1, paragraphe 1, point b), de la Directive SMAV.

33) Article 1, paragraphe 1, points h) à m), de la Directive SMAV.

Avant d'examiner les dispositions issues d'autres instruments législatifs européens, notons que le considérant 82 de la Directive SMAV souligne que cette dernière est sans préjudice des dispositions de ces autres directives. Concernant la directive sur le commerce électronique, l'article 4, paragraphe 8, de la Directive SMAV définit une règle de conflit donnant la priorité à sa propre application.

2. La directive sur le commerce électronique

2.1. Champ d'application

La directive sur le commerce électronique, adoptée en réaction précoce à l'importance croissante de l'activité économique en ligne à la fin du siècle dernier, s'applique aux services de la société de l'information et vise à faciliter leur circulation entre Etats membres³⁴. Ceci inclut la libre circulation des communications commerciales, comme l'indique son article 1, paragraphe 2. Les services de la société de l'information sont définis en référence à une précédente directive adoptée en 1998³⁵ et recouvrent « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services³⁶ ». Les critères « à distance », « par voie électronique » et « à la demande individuelle d'un destinataire de services » sont subséquentement précisés. Fait notable, la directive de 1998 comporte en annexe une liste indicative de ces services, qui exclut la radiodiffusion télévisuelle relevant de la Directive Télévision sans frontières et, par analogie, les services de médias audiovisuels à la demande relevant de la Directive SMAV. La directive sur le commerce électronique s'applique ainsi typiquement à des services prenant la forme de médias électroniques consommés en ligne qui ne sont cependant pas considérés comme des services de médias audiovisuels. A l'époque de l'adoption de la directive – et plus encore aujourd'hui – ceux-ci englobaient aussi les publicités en ligne servant à financer un service³⁷.

Les communications commerciales sont définies comme suit :

toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée³⁸.

Cette formulation rappelle le libellé de la Directive SMAV³⁹. La définition des communications commerciales contenue dans la directive sur le commerce électronique exclut en outre :

« les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique, les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière⁴⁰ ».

De manière générale, les normes définies dans la directive sur le commerce électronique sont très élémentaires, car elles visent à permettre la libre circulation des services de la société de l'information au sein de l'Union et à offrir une sécurité juridique aux fournisseurs de services, notamment en ce qui concerne la responsabilité des fournisseurs de services intermédiaires⁴¹.

34) Article 1, paragraphe 1, de la 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 »), JO L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

35) Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JO L 217 du 5 août 1998, p. 18.

36) Article 1, paragraphe 2, de la Directive 98/48/CE.

37) Considérant 18 de la directive sur le commerce électronique.

38) Article 2, point f), de la directive sur le commerce électronique.

39) Article 1, paragraphe 1, point h), de la Directive SMAV.

40) Article 2, point f), de la directive sur le commerce électronique.

41) Voir les articles 12 à 15 de la directive sur le commerce électronique.

2.2. Obligations d'information applicables aux communications commerciales prévues par la directive sur le commerce électronique

Les exigences relatives aux communications commerciales « qui font partie d'un service de la société de l'information ou qui constituent un tel service » sont définies dans l'article 6 de la directive sur le commerce électronique. Les communications commerciales, ainsi que l'annonceur (« la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite »), doivent être « clairement identifiable[s]⁴² ». De surcroît, « les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes et les cadeaux » qui sont autorisées dans l'Etat membre où le prestataire est établi doivent également être « clairement identifiables comme telles ». Les conditions pour en bénéficier doivent être « aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque⁴³ ». Les mêmes règles s'appliquent aux « concours ou jeux promotionnels » compris dans des communications commerciales⁴⁴. Ces dispositions constituent des principes de protection des consommateurs et font en sorte que les utilisateurs de services de la société de l'information aient conscience de consommer des communications commerciales et soient informés des conditions y afférentes⁴⁵. A l'époque, ce point semblait particulièrement pertinent, car les divisions entre contenus de nature différente qui existaient dans d'autres médias semblaient difficiles à transposer aux contenus en ligne.

3. Textes législatifs portant sur certains contenus spécifiques dans les communications commerciales

En sus des directives relatives au droit des médias analysées ci-avant, qui sont propres au secteur, plusieurs directives de l'Union européenne abordent certains types de contenus, ou des produits et services particuliers, tels que les médicaments ou les ingrédients alimentaires⁴⁶. Elles sont également pertinentes dans le contexte de la télévision connectée, dans la mesure où elles comportent des règles spécifiques concernant les communications commerciales relatives à ces produits et services.

3.1. La directive sur la publicité pour le tabac

Parmi ces textes horizontaux figure la directive de 2003 sur la publicité pour le tabac⁴⁷. Applicable à la presse écrite, aux services radiophoniques et aux services de la société de l'information, elle interdit toute promotion en faveur des produits du tabac. La directive n'évoque pas spécifiquement la radiodiffusion ou les services de médias audiovisuels, car la même interdiction concernant les produits du tabac figure dans la règle susmentionnée, spécifique au secteur, contenue dans l'article 9, paragraphe 1, point d), de la Directive SMAV. La publicité est cette fois définie comme « toute forme de communication commerciale qui a pour but ou effet direct ou indirect de promouvoir un produit du tabac⁴⁸ ». L'article 3, paragraphe 2, de la directive sur la publicité pour le tabac étend aux services de la société de l'information l'interdiction absolue de toute publicité pour les produits du tabac applicable aux médias imprimés. En d'autres termes, la même règle s'impose de façon transversale à tous les types de médias, qu'ils soient imprimés, audiovisuels ou électroniques.

42) Article 6, points a) et b), de la directive sur le commerce électronique.

43) Article 6, point c), de la directive sur le commerce électronique.

44) Article 6, point d), de la directive sur le commerce électronique.

45) Valcke P. et Dommering E., « Comments on the ECD » in Castendyk O., Dommering E. J., Scheuer A. (éd.), *European Media Law*, Kluwer Law International, Alphen-sur-le-Rhin, 2008, paragraphes 42 à 44 ; Spindler G., « E-Commerce in Europa, Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung », *Multimedia und Recht* 7, 2000, p. 14.

46) Voir Marwitz P., « Werberregulierung durch EU-Gesetzgebung », *Kommunikation und Recht* 5, 2004, p. 212.

47) Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, JO L 152 du 20 juin 2003, p. 16. Voir aussi le rectificatif publié au JO L 67 du 5 mars 2004, p. 34.

48) Article 2, point b), de la directive sur la publicité pour le tabac.

3.2. Autre exemple : la directive relative aux médicaments à usage humain

La directive de 2001 relative aux médicaments à usage humain illustre elle aussi cette approche⁴⁹. Elle s'applique aux médicaments « destinés à être mis sur le marché dans les Etats membres⁵⁰ » et contient plusieurs dispositions régissant la publicité pour les produits médicaux. Son article 86, paragraphe 1, précise que la notion de publicité recouvre « la publicité [...] auprès du public », ce qui englobe la publicité dans les services de médias audiovisuels ou les services de la société de l'information. Comme la directive relative à la publicité pour le tabac, cette directive établit une interdiction générale de toute publicité à l'égard d'un médicament « pour lequel une autorisation de mise sur le marché conforme au droit communautaire n'a pas été délivrée⁵¹ ». Cette règle a elle aussi son pendant dans l'article 21 de la Directive SMAV au sujet du téléachat. En outre, la directive relative aux médicaments proscribit toute publicité pour les médicaments ne pouvant être délivrés que sur prescription médicale, interdiction qui figure tout aussi explicitement dans la Directive SMAV⁵².

4. Textes législatifs concernant les communications commerciales et les pratiques commerciales déloyales

La série de textes examinée ici concerne certains types de publicité, tels que la publicité trompeuse et comparative, ainsi que les pratiques jugées déloyales. La directive de 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative s'applique aux opérations entre entreprises et offre aux Etats membres la possibilité de déroger à ses dispositions moyennant l'adoption de normes plus strictes⁵³. Son pendant, la directive sur les pratiques commerciales déloyales de 2005, s'applique aux relations entre entreprises et consommateurs et procède à une harmonisation complète⁵⁴. Sa portée est plus vaste, car elle ne se limite pas à la publicité trompeuse et comparative. On pourrait faire valoir que ces directives s'appliquent aux fournisseurs de services de médias audiovisuels et aux annonceurs simultanément à la Directive SMAV, bien que le considérant 82 de cette dernière exclue l'application parallèle de ces instruments juridiques. L'article 2, point d), de la directive sur les pratiques commerciales déloyales définit les communications commerciales et, en particulier, la publicité comme une pratique commerciale liant entreprises et consommateurs⁵⁵. En conséquence, les dispositions de ces directives peuvent jouer un rôle i) entre fournisseurs ou entre annonceurs et ii) entre les fournisseurs et les utilisateurs de services de médias audiovisuels.

La directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative fournit des définitions de la publicité (proche de celle contenue dans la Directive SMAV), de la publicité trompeuse et de la publicité comparative. On entend par « publicité trompeuse » toute publicité qui « induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui [...] est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui [...] porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent⁵⁶ ». La publicité comparative, elle, est une publicité qui, « explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent⁵⁷ ». La publicité trompeuse doit être abandonnée sur le marché intérieur⁵⁸. L'article 3 de la directive énumère un certain nombre de facteurs permettant d'identifier les informations trompeuses, tels que « les caractéristiques des biens ou services », « le prix ou son mode d'établissement », ainsi que « la nature, les qualités et les droits de l'annonceur⁵⁹ ». Selon l'article 4, la publicité comparative demeure cependant autorisée à certaines conditions portant sur la comparabilité des biens et services,

49) Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, JO L 311 du 28 novembre 2001, p. 67.

50) Article 2, paragraphe 1, de la directive relative aux médicaments.

51) Article 87, paragraphe 1, de la directive relative aux médicaments.

52) Article 88, paragraphe 1, point a), de la directive relative aux médicaments et article 9, paragraphe 1, point f), de la Directive SMAV.

53) Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, JO L 376 du 27 décembre 2006, p. 21.

54) Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO L 149 du 11 juin 2005, p. 22.

55) Article 2, point d), de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

56) Article 2, point b), de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

57) Article 2, point c), de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

58) Article 5 de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

59) Article 2, points a) à c), de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

l'interdiction de susciter la confusion ou d'induire en erreur certains opérateurs du marché, ou encore de discréditer les biens ou services fournis par des concurrents⁶⁰.

Les pratiques commerciales déloyales sont généralement interdites, conformément à l'article 5, paragraphe 1, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Celle-ci reconnaît toutefois « la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral⁶¹ ». De telles présentations ne sont pas considérées comme déloyales et échappent ainsi au champ d'application de la directive. Ce critère est évalué du point de vue d'un « consommateur moyen », que la CJUE a défini comme « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé⁶² ». La notion de consommateur moyen, difficile à appliquer telle quelle en pratique, est plus floue encore dans le contexte de la télévision connectée, où il est techniquement possible d'afficher des publicités en superposition pendant les émissions et où l'inexpérience des consommateurs en matière de nouveaux médias est exploitée inconsidérément. Cependant, l'annexe I de la directive sur les pratiques commerciales déloyales dresse une liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toute circonstance, en établissant une distinction entre pratiques commerciales trompeuses et agressives. Ainsi, la promotion d'un produit dans le cadre d'un contenu rédactionnel contre rémunération est jugée trompeuse et déloyale si les consommateurs n'en sont pas informés⁶³. Ce point rappelle la règle concernant le placement de produit formulée par la Directive SMAV et l'exigence générale de communications commerciales audiovisuelles reconnaissables et identifiables. En outre, les publicités qui incitent directement les enfants à acheter le produit faisant l'objet de la publicité sont considérées comme une pratique commerciale agressive et déloyale et sont donc inacceptables⁶⁴.

La même règle peut être déduite de l'article 9, paragraphe 1, point g), de la Directive SMAV, mais aussi, plus spécifiquement, de son article 10, paragraphe 1, point b), et de son article 11, paragraphe 3, point b). S'agissant des liens entre la directive sur les pratiques commerciales déloyales et la Directive SMAV, la première semble recouvrir un ensemble de pratiques commerciales plus vaste, tandis que la seconde concerne plus spécifiquement les services de médias audiovisuels⁶⁵. Il demeure que certaines activités telles que les jeux-concours par téléphone (« phone-in ») pourraient relever de la directive sur les pratiques commerciales déloyales⁶⁶. L'application simultanée ou non des deux directives dépend des services et des pratiques concernés.

5. Textes législatifs concernant la protection des données

Face à l'émergence de nouvelles technologies et d'outils opérant un suivi des comportements et des préférences des utilisateurs, le droit relatif à la protection des données a lui aussi toute sa pertinence s'agissant des téléviseurs connectés et autres appareils du même type qui proposent de la publicité ciblée et permettent une personnalisation des services. Les fournisseurs disposent de possibilités multiples pour collecter les données relatives aux utilisateurs, du fait que ces terminaux possèdent un canal retour. En conséquence, les directives de l'Union européenne concernant la protection des données sont applicables aux communications commerciales. La directive de 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel vise à garantir le droit de ces personnes à la vie privée⁶⁷. Le traitement des données est licite dès lors qu'il respecte les conditions et principes qu'elle définit.

60) Article 4, points a), b), d) et h), de la directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

61) Art. 5, paragraphe 3, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

62) Affaire C-210/96, *Gut Springenheide GmbH and Tusky contre Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, EU:C:1998:369, point 31.

63) Annexe I, point 11, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

64) Annexe I, point 28, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

65) Henning-Bodewig F., « Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken », *Zeitschrift für gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht/Internationaler Teil* 54, 2005, p. 630.

66) Kabel, J., « Les services de médias audiovisuels et la directive relative aux pratiques commerciales déloyales », *IRIS plus* 2008-8, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2013, p. 2 et 6 ; Savin A., *EU Internet Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, p. 181.

67) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

En la matière, les articles 6 et 7 de la directive fixent des principes qualitatifs, tels que celui de l'économie des données, et imposent que les informations soient « collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes⁶⁸ ». De plus, les données recueillies doivent être « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement⁶⁹ ». Les personnes concernées peuvent demander l'effacement ou la rectification des données lorsque celles-ci sont mises à jour⁷⁰. En outre, l'identification de la personne concernée ne doit pas excéder la durée nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles les données sont collectées⁷¹. Surtout, l'article 7 prévoit que la personne concernée doit avoir indubitablement donné son consentement éclairé, par avance, en vue du traitement de ses données⁷². Ce principe contraste fortement avec l'ère actuelle du « big data », dans laquelle les données sont collectées dans des quantités incommensurables et exploitées à des fins autres que celles qui sont annoncées initialement⁷³. Les techniques telles que la publicité ciblée devront en conséquence se conformer à l'exigence du consentement avant que l'observation des comportements et préférences des internautes sur internet puisse être autorisée.

La directive vie privée et communications électroniques adoptée en 2002, modifiée en 2006 et en 2009, vise pour sa part à garantir certains droits fondamentaux, tels que le droit à la vie privée et à la confidentialité s'agissant du traitement des données à caractère personnel dans ce secteur particulier⁷⁴. Cette directive, parfois surnommée directive « cookies » depuis sa modification en 2009, complète la directive sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données et constitue la lex specialis du secteur des communications électroniques⁷⁵. Elle s'applique indépendamment du fait que les informations conservées ou accessibles par un cookie constituent ou non des données à caractère personnel. Si les informations collectées sont considérées comme des données à caractère personnel au sens de la directive sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données, cette dernière s'applique également. La publicité comportementale faisant souvent appel au traitement des données à caractère personnel, elle doit être conforme aux prescriptions de ces deux directives.

L'article 5 de la directive vie privée et communications électroniques garantit la confidentialité des communications. Son paragraphe 3 dispose :

le stockage d'informations, ou l'obtention de l'accès à des informations déjà stockées, dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur n'est permis qu'à condition que l'abonné ou l'utilisateur ait donné son accord [...]»⁷⁶.

En d'autres termes, lorsque des cookies ou d'autres moyens techniques comparables sont utilisés sur un site web pour suivre le comportement de l'utilisateur, les fournisseurs sont contraints d'informer

68) Article 6, paragraphe 1, point b), de la directive sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données.

69) Article 6, paragraphe 1, point c), de la directive sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données.

70) Article 6, paragraphe 1, point d), de la directive sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données. Voir également l'affaire C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, EU:C:2014:317, points 93 et 94.

71) Article 6, paragraphe 1, point e), de la directive sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données.

72) Article 7, point a), de la directive sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données.

73) Pour une illustration des conséquences de la collecte de données à grande échelle dans le cas de la télévision connectée (en Allemagne), voir Keber, T., « Big Data im Hybrid-TV – Mit dem zweiten sieht das Erste besser », *Recht der Datenverarbeitung* 5, 2013, p. 235. Récemment, voir Giurgiu, A. et Metzendorf, J., « Smart TV – Smarte Regulierung? » in Taeger J. (éd.), *Big Data & Co. – Neue Herausforderungen für das Informationsrecht*, Tagungsband Herbstakademie 2014, OIWIR, Oldenbourg, 2014, p. 709-726.

74) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JO L 201 du 31 juillet 2002, p. 37, dans sa version modifiée par la Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la Directive 2002/58/CE, JO L 105 du 13 avril 2006, p. 54, et par la Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, JO L 337 du 18 décembre 2009, p. 11.

75) Article 1, paragraphe 2, de la directive vie privée et communications électroniques.

76) Article 5, paragraphe 3, de la directive vie privée et communications électroniques.

celui-ci de la finalité de la collecte et du traitement des données, et de recueillir son consentement. Cette règle a été modifiée en 2009 et il est désormais nécessaire de mettre en place un « opt-in » par lequel les utilisateurs donnent leur accord préalable⁷⁷. Si cette clarification visait à rendre leur autonomie aux utilisateurs en abordant le problème du suivi des visites sur les sites, la technologie a rapidement évolué d'une publicité contextuelle et segmentée vers une collecte de données plus axée sur la constitution de profils (publicité comportementale), qui accumule des données dans le temps à partir de très nombreux sites⁷⁸. En décembre 2011, le groupe de travail « Article 29 » a publié un avis recensant des recommandations de bonnes pratiques en matière de publicité comportementale⁷⁹. Dans ce document, il précise que le consentement éclairé de l'utilisateur n'est pas requis pour tous les types de cookies⁸⁰ (par exemple les cookies de sécurité). Il souligne également que les fenêtres contextuelles (« pop-up ») ne constituent qu'un moyen parmi d'autres de recueillir le consentement de l'utilisateur et que les bandeaux d'information statiques en haut d'une page web ou les écrans de démarrage s'affichant lors de l'accès à un site (« splash screens ») sont tout aussi adaptés⁸¹. L'association de la publicité comportementale en ligne et de la géolocalisation sur les appareils mobiles⁸² (comme le suivi de localisation sur les téléphones portables) est plus problématique. La question se pose pour les applications (ou « applis ») qui localisent l'utilisateur et lui présentent simultanément des publicités sur la base d'un profil résultant du suivi de localisation. Il est permis de se demander si l'utilisateur a consenti à recevoir des publicités lorsqu'il a accepté les conditions d'utilisation de l'application. De manière générale, peu d'Etats membres ont adopté de nouvelles dispositions explicites pour mettre en œuvre dans leur législation nationale la directive « cookies » révisée en 2009⁸³. La Commission semble pour l'instant tolérer ce défaut de transposition, mais appelle les Etats membres à s'acquitter de leurs obligations⁸⁴. Il est important de noter par ailleurs que la Commission voit dans l'autorégulation par le secteur publicitaire un outil réglementaire adapté⁸⁵.

Le cadre européen en matière de protection des données étant en voie d'être réformé, nous allons examiner brièvement la proposition de règlement général sur la protection des données du point de vue de ses incidences possibles sur le secteur des communications commerciales⁸⁶. En novembre 2013, le Parlement européen a formulé des modifications relatives à la proposition émise par la Commission en 2012⁸⁷. La définition du « profilage » introduite à l'article 4, paragraphe 3 bis, du règlement général est particulièrement pertinente pour les communications commerciales dans un environnement en ligne. Le profilage est défini comme suit :

*toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects personnels propres à une personne physique ou à analyser ou prévoir en particulier le rendement professionnel de celle-ci, sa situation économique, sa localisation, son état de santé, ses préférences personnelles, sa fiabilité ou son comportement*⁸⁸.

77) Lynskey O., « Track[ing] Changes: An examination of EU regulation of online behavioural advertising through a data protection lens », *European Law Review*, 36(6), 2011, p. 877 et 878.

78) *Ibid.*, p. 875 ; Rammos T., « Datenschutzrechtliche Aspekte verschiedener Arten "verhaltensbezogener" Onlinewerbung », *Kommunikation und Recht*, 11, 2011, p. 693. Voir également : Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne* adopté le 22 juin 2010, disponible sur : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_fr.pdf

79) Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Avis 16/2011 sur le code de bonnes pratiques de l'AEEP et de l'IAB en matière de publicité comportementale en ligne* adopté le 8 décembre 2011, disponible sur : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp188_fr.pdf

80) *Ibid.*, paragraphe III.2, p. 9.

81) *Ibid.*, paragraphe III.3, p. 10.

82) Rammos T., « Datenschutzrechtliche Aspekte verschiedener Arten „verhaltensbezogener“ Onlinewerbung », *Kommunikation und Recht*, 11, 2011, p. 695.

83) Kroes N., Commission européenne, « Online privacy – reinforcing trust and confidence », atelier Online Tracking Protection & Browsers, Bruxelles, 22 juin 2011, Speech/11/461, disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-461_en.htm

84) *Ibid.*

85) *Ibid.* Voir également « IAB Europe EU Framework for Online Behavioural Advertising », avril 2011, disponible sur : www.iabeurope.eu/files/9613/6984/1480/2012-12-11_iab_europe_oba_framework.pdf. Sur cette question, voir aussi Steinhoff, A., « Nutzerbasierte Online Werbung 2.0 », *Kommunikation und Recht* 2, 2014, p. 86.

86) Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, COM(2012) 11 final, 25 janvier 2012.

87) Projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, 22 novembre 2013.

88) *Ibid.*, article 4, paragraphe 3 bis.

Surtout, le projet de règlement prévoit désormais un droit de s'opposer au profilage⁸⁹. Ce dernier est cependant admis lorsqu'il est nécessaire pour la conclusion d'un contrat, expressément autorisé par la législation ou fondé sur le consentement de la personne concernée⁹⁰. Il demeure que tout profilage qui a pour effet d'instaurer une discrimination contre la personne concernée est interdit. De façon intéressante, la proposition détaille les liens entre le règlement général sur la protection des données et la directive vie privée et communications électroniques. Selon l'article 89 de la proposition de la Commission, le règlement général sur la protection des données n'impose pas d'obligations supplémentaires quant au traitement des données à caractère personnel. La directive vie privée et commerce électronique ne constituera plus une *lex specialis*. En somme, ces initiatives, bien qu'elles n'aient pas encore été officiellement adoptées et restent susceptibles de modifications (les négociations ont jusqu'à présent été laborieuses et l'on ignore quelle direction la nouvelle Commission pourra donner à la proposition), soulignent que le pouvoir législatif européen a conscience de la nécessité d'une protection accrue des données dans un paysage médiatique en pleine convergence. Ces évolutions sont importantes pour la présentation et l'intégration de communications commerciales sur les terminaux connectés. En attendant, la CJUE joue son rôle en approfondissant la définition des concepts essentiels du droit relatif à la protection des données qui contribuent à mieux cerner comment il convient d'évaluer les communications commerciales faisant fortement appel au traitement de données. La question de savoir si une adresse IP ou d'autres données comparables constituent des données à caractère personnel en elles-mêmes ou seulement en lien avec des données d'identification restait ainsi floue et sujette à débat : elle a évolué dans le sens d'une réponse plus tranchée⁹¹.

6. Incidence du droit de la concurrence

Concernant le marché de la publicité, il convient également d'évoquer le droit européen de la concurrence. Le secteur est caractérisé par un petit nombre d'acteurs opérant au niveau mondial et occupant pour certains une position dominante. Google ayant fait l'acquisition de services tels que AdSense et DoubleClick au cours des dernières années, la Commission a ouvert plusieurs procédures contre le moteur de recherche au titre de l'article 102 du TFUE (abus de position dominante) après avoir examiné ces acquisitions à la lumière des dispositions du règlement sur les concentrations. Plus récemment, la Commission a enquêté sur les activités de Google qui privilégient ses propres services de recherche spécialisés et a obtenu que le moteur affiche les services de trois concurrents à côté de ses propres offres⁹². Les activités de Google pourraient également soulever des questions au regard de l'article 101 du TFUE (accords limitant le jeu de la concurrence), car l'entreprise est dans de nombreux domaines le seul fournisseur à opérer à l'échelon mondial, par exemple en ce qui concerne les enchères en temps réel. Dans ce contexte, il est intéressant d'étudier le problème de l'application extraterritoriale du droit de l'Union à des acteurs du marché situés à l'étranger, mais aussi la démarche adoptée par l'Union ainsi que par les pouvoirs publics étrangers, par exemple aux Etats-Unis. Dans la mesure où ce type de comportements anticoncurrentiels a également une incidence sur le marché européen, du point de vue du droit européen de la concurrence, l'application des règles de l'Union n'est plus jugée extraterritoriale.

III. Observations finales

L'aperçu donné ici montre la fragmentation du cadre juridique applicable aux communications commerciales dans un secteur des médias de plus en plus convergent. Si la Directive SMAV établit des normes précises, son champ d'application se limite aux services de médias audiovisuels. Les « services de la société de l'information » couverts par la directive sur le commerce électronique sont les plus couramment utilisés en ligne et cet instrument définit certaines règles élémentaires applicables aux communications commerciales. La directive sur les pratiques commerciales déloyales interdit également certaines pratiques jugées déloyales et s'applique aux activités liant entreprises et consommateurs. En

89) *Ibid*, articles 19 et 20.

90) *Ibid*, article 20, paragraphe 2, points a) à c).

91) Voir CJUE, affaire C-70/10, *Scarlet Extended contre SABAM*, EU:C:2011:771, point 51.

92) Communication européenne, « Abus de position dominante : la Commission obtient de Google un affichage comparable de ses concurrents dans la recherche en ligne spécialisée », communiqué de presse, IP/14/116, 5 février 2014, disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_fr.htm

la matière, le droit européen de la concurrence est un outil de réglementation face aux comportements anticoncurrentiels. Plusieurs directives réglementent en outre les communications commerciales portant sur des produits précis tels que les cigarettes. L'acquis européen dans le domaine de la protection des données, qui est en cours de réexamen, garantit le droit à la vie privée dans le contexte du traitement des données à des fins de publicité ciblée.

En raison de cette structure juridique éparse, d'importantes difficultés subsistent, en particulier aux points de croisement des différents services. La protection des mineurs dans les jeux en ligne est ainsi problématique, notamment quand la publicité pour ces jeux est adressée aux enfants⁹³. De même, lorsque certaines applications sur terminaux mobiles s'accompagnent de publicités, il est difficile de déterminer si les utilisateurs ont conscience de se trouver face à des contenus commerciaux et s'ils ont été informés de (ou ont remarqué) la présence de communications commerciales⁹⁴. En conséquence, les consommateurs se laissent convaincre d'utiliser des applications gratuites qui peuvent être financées par des annonceurs dans des proportions qu'ils ignorent. Cet état de fait est aggravé par la diversification des fournisseurs dans la chaîne et le périmètre géographique de l'Union européenne. Néanmoins, la CJUE a confirmé, dans l'affaire concernant Google Spain, l'application à Google via sa filiale espagnole de la directive sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données⁹⁵ ; la direction prise par le droit de l'Union et la jurisprudence de la CJUE indique clairement une volonté de rendre ce droit applicable à tout traitement de données réalisé au sein de l'Union européenne, où que soit situé le siège social de l'entreprise concernée. Le droit de la concurrence pourra être exploité pour ce faire et le futur cadre relatif à la protection des données résoudra sans doute la question du caractère raisonnable des traitements de données en instaurant un principe de guichet unique (ou, mieux, de marché unique) garantissant une sécurité juridique aux entreprises. Pour finir, il convient de noter que les réactions négatives suscitées par les activités des services secrets sur internet auront sans aucun doute des répercussions sur le recours aux communications commerciales à l'avenir, dans la mesure où de nouvelles solutions en matière d'anonymat des communications et d'utilisation d'internet sont désormais recherchées.

93) La Cour fédérale de justice allemande a estimé en juillet 2013 que le langage d'une publicité contenue dans le jeu en ligne *Runes of Magic* s'adressait aux mineurs. Voir BGH, I ZR, 34/12.

94) Voir, de façon comparable, la décision rendue en juillet 2014 par l'Advertising Standards Authority britannique concernant un jeu « freemium » (*Dungeon Keeper*), laquelle a jugé qu'il était trompeur de le présenter comme « gratuit » dans ses publicités : « ASA Adjudication on Electronic Arts Ltd », 2 juillet 2014, n° A14-258907, disponible sur : http://www.asa.org.uk/Rulings/Adjudications/2014/7/Electronic-Arts-Ltd/SHP_ADJ_258907.aspx#.VBCal6NZW6M. Voir, de manière générale, Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Avis 02/2013 sur les applications destinées aux dispositifs intelligents* adopté le 27 février 2013, disponible sur : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp202_fr.pdf

95) C-131/12, *Google Spain SL contre AEPD*, points 55 à 57.

Les défis posés par les formes de communication commerciale émergentes : responsabilité éditoriale et contrôle

Ross Biggam

Association of Commercial Television in Europe (ACT)

I. Les communications commerciales et la télévision : en quoi est-ce important ?

L'auteur du présent article - de même que, je présume, bon nombre de ses lecteurs - a passé de longues heures à se délecter des moindres détails de la Directive Services de médias audiovisuels (SMAV)¹. Une occupation pertinente, certes, mais non exempte du risque de nous faire perdre de vue la raison pour laquelle les communications commerciales télévisuelles sont aussi importantes. Ce n'est pas en raison des passionnantes questions juridiques posées par les services de médias audiovisuels, ni de certaines notions abstraites telles que la « protection du consommateur » ou l'« égalité de traitement », qui sont régulièrement sujettes à controverse chaque fois que la présente directive fait l'objet d'un débat. En fait, les communications commerciales à la télévision jouent un rôle beaucoup plus fondamental : elles financent tout simplement les programmes que les Européens aiment regarder.

Chacun sait que la consommation de la télévision va croissant, mais en premier lieu, comment sont produits les programmes que les téléspectateurs regardent ? On prend trop souvent pour acquis que la production d'une fiction de qualité peut coûter 1,5 million d'euros de l'heure, que 40 % des revenus des radiodiffuseurs commerciaux sont réinvestis dans les contenus, que l'ampleur et la qualité de la couverture des sports s'est considérablement améliorée depuis que le marché des droits des événements sportifs s'est ouvert à la concurrence à la fin des années 1980, ou que les Européens peuvent aujourd'hui choisir entre 300 chaînes d'information. Rien de tout cela ne serait concevable sans un marché des communications commerciales audiovisuelles florissant, compétitif et innovant. A l'heure actuelle, malgré toutes les voix alarmistes qui avaient prédit la mort de la télévision linéaire, les communications commerciales demeurent, avec les recettes d'abonnement et le financement des pouvoirs publics, le principal pilier d'un secteur audiovisuel qui continue à prospérer et à se développer.

Pour ceux d'entre nous qui travaillent au sein de chaînes de télévision ou avec ces dernières, certains de ces atouts peuvent être à double tranchant. Lorsque les radiodiffuseurs se plaignent d'être hyper-réglés au niveau européen et national, à un niveau unimaginable pour leurs concurrents en ligne et hors ligne, les responsables politiques pourraient leur répliquer que c'est précisément l'influence de la radiodiffusion, en tant que source, et souvent la principale source d'information offrant aux citoyens une couverture de l'actualité et des affaires courantes, qui justifie ce niveau de réglementation. La télévision « n'est pas un secteur d'activité comme les autres », comme le rappellent volontiers les membres du Parlement européen.

1) Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels [2010] JO L 95/1.

II. Un débat qui n'est pas nouveau : la Communication interprétative de la CE sur les nouvelles formes de publicité

Il apparaît donc clairement que la question traitée n'est ni un problème abstrait de droit et de concurrence, ni, dans le cas des nouvelles technologies, d'ordre strictement technologique. En outre, ces questions ne sont pas nécessairement nouvelles. La Commission européenne a déjà été appelée à mettre le dispositif réglementaire encadrant les communications commerciales à l'épreuve des nouveaux développements du marché et de la technologie, notamment dans sa Communication interprétative de 2004 sur les nouvelles formes de publicité².

Nous savons que ces deux dernières années, la Commission européenne a étudié l'éventuelle nécessité d'une nouvelle communication interprétative. Cependant, je doute que ce soit la bonne approche, à l'heure actuelle, ne serait-ce que parce qu'une comparaison entre 2004 et 2014 présume qu'il existe des différences significatives entre les deux époques.

1. Le paysage institutionnel

La communication interprétative d'avril 2004 a été adoptée quelques semaines seulement avant l'élargissement le plus important de l'Union européenne avec l'adhésion de dix « nouveaux » Etats membres, le 1^{er} mai 2004. Bien que les dix pays aient, par obligation légale, mis en œuvre la Directive Télévision sans frontières (TSF – ancêtre de la Directive SMAV) dans le cadre de l'acquis communautaire lors des négociations d'adhésion avec l'UE, l'élaboration d'une communication interprétative pourrait bien avoir été en partie motivée par le fait qu'un certain nombre de régulateurs nationaux (y compris, notamment, les régulateurs des « nouveaux » marchés) étaient, à l'époque, relativement inexpérimentés pour l'application quotidienne des dispositions détaillées de la Directive TSF.

2. Les problèmes

Même si la communication interprétative de 2004 est parfois considérée comme un texte mettant l'accent uniquement sur les nouvelles techniques publicitaires, son titre officiel fait, en réalité, référence à « certains aspects » relatifs à la publicité télévisuelle, et elle aborde, de même que la Directive TSF, de nombreux problèmes qui ne découlent pas directement de l'innovation technologique, tels que le calcul de la durée horaire de publicité, les règles d'insertion, le placement de produit, les mini-spots et le téléachat.

Les principales questions posées, à l'époque, par l'innovation technologique concernaient la publicité interactive, la publicité virtuelle et l'écran partagé.

3. La solution

La solution présentée dans la communication de 2004 était pragmatique et efficace : après avoir examiné chaque dispositif en détail, la Commission a conclu que les nouvelles techniques étaient compatibles avec la Directive TSF et a enjoint aux autorités de régulation nationales d'interpréter celles-ci, de même que les prochaines nouvelles technologies, *in dubio pro libertate*. Cela n'a pas mis un terme au débat sur l'innovation et les communications commerciales, puisque la révision ultérieure de la Directive TSF (ou, plus exactement, sa conversion en Directive SMAV) a été dominée de façon prépondérante par le débat sur la légalité du placement de produit, question qui a finalement été réglée par la Directive SMAV, non sans avoir recours à certaines constructions juridiques originales.

2) Communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la Directive « Télévision sans frontières » concernant la publicité télévisée, [C (2004) 1450 - JO C 102 du 28 avril 2004].

III. Comparaison entre hier et aujourd'hui

Comme l'avaient annoncé à l'époque l'industrie et les autorités de régulation nationales³, ces techniques n'étaient pas révolutionnaires, elles ont simplement fourni, de façon efficace bien que modeste, une contribution au chiffre d'affaires des organismes de radiodiffusion (et, partant, à leur capacité d'investir dans les contenus).

Donc, si l'on considère que la communication de 2004 est un outil efficace, pourrait-elle fournir un précédent pour l'action de la Commission aujourd'hui ?

Certes, la préoccupation initiale portant sur la nécessité de prodiguer des « conseils » aux autorités de régulation nationales relativement jeunes n'est plus d'actualité. Lesdites autorités ont acquis une solide expérience sur la façon de mettre en œuvre la Directive SMAV, expérience qui est désormais systématiquement partagée au niveau des instances de la Plateforme européenne des autorités de régulation (EPRA) et du nouveau Groupe des régulateurs européens dans le domaine des services de médias audiovisuels (ERGA). En tout état de cause, les nouveaux organismes qui devront interpréter la Directive SMAV sont rares - l'appartenance à l'UE est maintenant établie pour un avenir prévisible, l'adhésion la plus récente n'ayant élargi l'UE que de 27 à 28 Etats membres. La dernière « nouvelle venue » en date, la Croatie, possède d'ores et déjà toutes les compétences requises pour appliquer la Directive SMAV, ne serait-ce que parce que l'autorité de régulation croate a assuré la vice-présidence de l'EPRA pendant une longue période.

IV. L'innovation dans la publicité télévisuelle (et les domaines connexes)

Qui plus est, la nature des changements et de l'innovation technologiques dans la télévision d'aujourd'hui ne peut pas être comparée à celle d'il y a dix ans. A l'heure actuelle, l'innovation technologique en matière de publicité télévisuelle ne se limite plus à quelques questions isolées. Aux dires de certains, la télévision a été relativement lente à innover. Citons à cet égard la commissaire Neelie Kroes, dans un discours prononcé en juin 2010 :

« La radiodiffusion a sans doute été moins affectée par les tendances de la publicité, or cela ne saurait être une bonne chose à long terme. En tant que marché réglementé, fortement influencé par la gestion publique des ressources du spectre en particulier, la télévision européenne librement accessible a été clairement déconnectée de la prise de conscience que connaît la presse actuellement. Il y a eu des réponses élémentaires à la fragmentation de la publicité [...], mais la véritable tourmente reste à venir. Je me demande ce qui a été fait pour stabiliser le navire ?

Qu'avez-vous fait pour diversifier vos revenus ? Y a-t-il de nouveaux modèles économiques de télévision à péage que vous pouvez mettre en œuvre, par exemple ? Quelles plateformes en ligne et sur papier peuvent être valorisées pour soutenir votre programmation ?

Etes-vous prêts à exploiter les nouvelles opportunités commerciales qui peuvent se présenter ? Prenons l'exemple de la distribution en ligne des œuvres audiovisuelles [...]. Faut-il procéder à des changements dans ce domaine⁴ ?

3) Voir Ofcom, *The Future of Television Funding*, Human Capital on behalf of Ofcom, septembre 2005, disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/market-data-research/other/tv-research/future>

4) Kroes N., « European Media Revolution - Viability through Innovation », discours prononcé à l'occasion du Media Lounge de l'ACT, EGTA, WFA, AER, ENPA, EPC, FAEP, (Speech/10/351), 30 juin 2010.

En fait, la commissaire peut être rassurée, puisque le secteur de la télévision commerciale est en train de réinventer tous les aspects de son modèle économique :

- au niveau de la programmation : on constate une nette tendance à s'éloigner du financement intégralement assuré par le diffuseur pour adopter un système de cofinancement concernant les productions coûteuses et complexes⁵ ;
- au niveau de la télévision à péage : les abonnements sont de plus en plus disponibles sur de multiples appareils⁶ et sur la base de nouvelles formes de contrat⁷ ;
- de plus en plus, les offres de distribution gratuites ou payantes couvrent plusieurs plateformes et sont disponibles au moment choisi par le consommateur (rattrapage, téléchargement et visualisation).

Quant à la publicité, les diffuseurs ont reconnu depuis plus de dix ans la nécessité de réduire leur dépendance vis-à-vis du spot de 30 secondes, une source de revenus solide, mais arrivée à maturité. Les stratégies et les objectifs de diversification des radiodiffuseurs librement accessibles diffèrent, mais l'objectif de base est le même et à cet égard, les nouvelles techniques publicitaires jouent un rôle. Mais n'exagérons rien : il peut y avoir, en apparence, une certaine vérité dans l'argument dénonçant un manque relatif d'innovation dans les communications commerciales de la radiodiffusion par rapport à d'autres secteurs de la nouvelle chaîne de valeur des médias. Ceci peut s'expliquer, en premier lieu, par le fait que la publicité télévisuelle reste stable⁸. En tant que telles, les nouvelles techniques sont davantage considérées comme des compléments, plutôt que comme des substituts pour le cœur de métier. Ensuite, l'adhésion des consommateurs (et donc l'intérêt des annonceurs) à certaines nouvelles techniques a été plus sporadique que ce qui était prévu en 2004 ; pour de nombreux médias, par exemple, la publicité virtuelle n'est pas encore devenue une source de revenus autonome et substantielle.

V. A quoi faut-il s'attendre ?

Néanmoins, on peut s'attendre à ce que la prochaine vague d'innovation dans les communications commerciales audiovisuelles soit beaucoup plus large que celle de 2004 et couvre trois catégories principales. Tout d'abord, nous verrons probablement une réitération des techniques déjà examinées en 2004. Ainsi, tandis que la Communication et la Directive SMAV qui a suivi traitent de façon détaillée du placement de produit, la technologie a évolué et permet désormais des pratiques telles que le placement de produit virtuel (il convient de noter au passage qu'avec le développement des pratiques de « publicité indigène » dans de nombreux secteurs des médias, le problème lié à l'application du principe de séparation du contenu éditorial et commercial n'est plus réservé exclusivement à l'audiovisuel). Ensuite, l'innovation devrait se poursuivre au niveau B2B, avec des régies publicitaires qui cherchent à combiner le meilleur du modèle en place avec les techniques en ligne ou (même si cette technologie ne fonctionne pas encore dans la radiodiffusion) les ventes aux enchères en temps réel. Enfin, nous verrons l'émergence de techniques totalement inédites, telles que la publicité comportementale en ligne.

La complexité des questions de réglementation soulevées par cet univers émergent est peut-être le meilleur argument pour ne pas voir en elles la simple répétition d'une « technologie ayant un impact sur la Directive TSF/SMAV ». Par exemple, les questions relatives à la publicité comportementale

5) Voir, par exemple, Ofcom International Communications Report 2013 : « *The industry is seeing more of this co-funding model as producers across countries come together to create programmes for multiple markets, such as the collaboration between the BBC and the Discovery Channel to create wildlife series Africa for consumption in various countries* » (L'industrie voit se développer ce modèle de co-financement avec le regroupement de producteurs de différents pays visant à créer des programmes ciblant plusieurs marchés, tels que la collaboration entre la BBC et Discovery Channel pour produire des séries sur la faune africaine destinées à la diffusion dans différents pays), Ofcom, *International Communications Market Report 2013*, 12 décembre 2013, disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/market-data-research/market-data/communications-market-reports/cmr13/international/>

6) Voir, par exemple, le service Sky Go de Sky Deutschland, disponible sur : www.sky.de/web/cms/de/sky-go.jsp?intcmp2=home:skygo&alllnk=home:skygo

7) Voir www.nowtv.com

8) Les statistiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel font apparaître une croissance moyenne de 2,1 % en 2012 pour les 20 principaux groupes de radiodiffusion privés d'Europe, voir Observatoire européen de l'audiovisuel, « Les principaux groupes TV privés d'Europe ont enregistré une légère croissance globale en 2012 », communiqué de presse du 9 avril 2013.

en ligne (PCL) dépassent déjà, au moment de la rédaction du présent article (mi-2014), le cadre de la Directive SMAV et font intervenir la directive sur le commerce électronique et la directive sur la protection des données (qu'un règlement devrait venir remplacer). Ces questions ont été traitées par toutes les parties prenantes membres de l'European Interactive Digital Advertising Alliance, une « initiative transsectorielle d'autoréglementation visant à adopter des normes pan-européennes pour améliorer la transparence et le contrôle de l'utilisateur dans la publicité comportementale en ligne⁹ ».

Cependant, la PCL va continuer à se développer. Les équipes de recherche ont d'ores et déjà mis au point une technologie qui permet non seulement de cibler le public via l'adresse IP des spectateurs, mais aussi par le biais de la reconnaissance faciale/rétinienne, ce qui permet d'adapter le contenu aux personnes qui regardent effectivement le programme, sachant que les téléspectateurs veulent voir des publicités différentes selon qu'ils regardent la télévision seuls, en couple ou entre amis. Il est bien évident qu'un tel service rencontrera probablement une forte résistance des consommateurs, compte tenu des problèmes manifestes en matière de respect de la vie privée¹⁰ que cela pose, et il est tout aussi clair que les questions soulevées ici sont fondamentales et ne sauraient être traitées par un nouveau « réajustement » ou une nouvelle « interprétation » de la Directive SMAV. Même si cette vision délibérément provocatrice de l'avenir ne suscite pas forcément un intérêt de masse, l'industrie dans son ensemble admet qu'il y aura une évolution vers l'achat programmatique de publicités et que cela passera par de nouveaux outils innovants :

« L'insertion dynamique de publicité - c'est-à-dire la possibilité d'utiliser des mégadonnées pour insérer une annonce dans un emplacement en fonction du lieu et du moment où le spectateur regarde - et, de plus en plus, en fonction de l'identité du spectateur - devrait permettre aux réseaux d'enregistrer des bénéfices identiques, si ce n'est supérieurs, générés par la publicité tout en touchant des publics plus ciblés. En même temps, elle épargnera (espérons-le) au spectateur des annonces non pertinentes tout en réduisant leur fréquence¹¹ ».

VI. Responsabilité éditoriale : la technologie pose aujourd'hui un défi de grande ampleur et sans précédent au fondement de notre système de réglementation

Un autre exemple illustrant la nature complexe et fondamentale des défis posés à la réglementation des communications commerciales par les nouvelles technologies réside dans la possibilité, pour un tiers implanté hors de l'UE, d'incruster de la publicité sur un service de télévision connectée à l'insu d'un diffuseur, d'un producteur, voire même de la marque en question. De telles pratiques - rappelons qu'à ce stade, il s'agit davantage d'une possibilité technologique que d'une réalité du marché - posent un défi de grande ampleur et sans précédent au système de réglementation, étant donné que l'architecture de la réglementation européenne et nationale en matière de médias est basée sur l'acceptation par l'opérateur, dans le cadre d'une licence de radiodiffusion, de la responsabilité de ce qui s'affiche à l'écran. Si cette responsabilité ne peut plus être (raisonnablement) appliquée, les régulateurs européens et nationaux devront sans doute entamer un débat plus large portant sur l'objet de la réglementation (qui et quoi) et sur les modalités de cette réglementation (comment et pourquoi).

9) Pour plus de détails, voir www.edaa.eu

10) Ce service éventuel et les problèmes potentiels en matière de vie privée sont exposés dans 2020 Vision, Series Two, « The New TV Landscape », disponible sur : www.thinktv.com.au/content_common/pg-watch-2.seo

11) Wolk A., « The Future of Monetising Television », *The Guardian*, 9 mai 2014, disponible sur : www.theguardian.com/media-network/media-network-blog/2014/may/09/future-tv-advertising-pvr-vod

VII. Les communications interprétatives de la Directive SMAV n'offrent qu'une solution partielle

Dans ce contexte, une nouvelle communication interprétative de la Directive SMAV (ou, d'un point de vue purement technique, une première communication, puisque la Communication de 2004 portait sur l'interprétation de la Directive TSF) ne pourrait offrir, dans le meilleur des cas, qu'une solution partielle au problème de régulation de ces nouvelles techniques. En effet, à l'instar de la Directive TSF, la structure même de la Directive SMAV repose sur l'hypothèse de l'existence d'un marché distinct de la publicité télévisuelle (ou, au mieux, « de type télévisuel ») pouvant être quantifié et réglementé. Or, cela semble discutable, tant du point de vue du marché (puisque la publicité sur écran vidéo fondée sur les données fonctionnera aussi bien sur le mode « radiodiffusion » que sur le mode « en ligne » et pourra réduire la fréquence de la publicité), que du point de vue de la réglementation, car désormais, les questions réglementaires soulevées par la convergence des médias couvrent également la directive sur les pratiques commerciales déloyales, ainsi que les directives relatives à la protection des données et au commerce électronique. Par conséquent, une interprétation coordonnée des questions réglementaires serait également extrêmement complexe au niveau opérationnel, car elle impliquerait au moins quatre directions générales de la Commission européenne, à savoir CNECT, JUST, SANCO et MARKT.

VIII. Principes dégagés par l'ACT

Si une nouvelle communication interprétative n'est pas la réponse adéquate, alors que peut-on attendre de la prochaine Commission européenne ?

Dans sa réponse à la consultation publique « Les contenus audiovisuels à l'ère numérique », l'ACT a demandé à ce que la réglementation des contenus au niveau de l'UE « s'éloigne d'une micro-gestion pour s'orienter vers une plus grande flexibilité opérationnelle ». A cet égard, nous pensons qu'il y a franchement mieux à faire que de consacrer le temps des fonctionnaires européens et l'argent public à la dissection de certaines dispositions actuelles de la Directive SMAV rédigées dans les moindres détails (et je constate que ce niveau de détail, notamment en ce qui concerne le placement de produit, provient souvent des Etats membres ou des membres du Parlement européen, et non pas de la Commission européenne). Cela ne signifie pas que l'Union européenne n'a pas sa place dans la régulation des contenus audiovisuels. Au contraire, il est important de rappeler en premier lieu - et ce devrait être communément admis par l'ensemble des parties prenantes et partenaires institutionnels - qu'en raison de tous les mécanismes inhérents aux processus législatifs européens, un projet de proposition de révision de la Directive SMAV déposé, disons, mi-2017, ne sera pas appliqué au quotidien par les autorités de régulation nationales avant une période de cinq ou six ans et restera donc en vigueur pendant la majeure partie, sinon la totalité, de la prochaine décennie. Par conséquent, il est essentiel que la Commission européenne présente une vision prospective pour établir quels sont les principes de l'ancien cadre de réglementation de la radiodiffusion qui doivent être reconduits au sein d'un univers totalement convergent, dans un dispositif réglementaire applicable jusqu'en 2030. Une telle approche peut aussi, indirectement, contribuer à résoudre la question toujours épineuse de la portée de la directive, puisque la notion de « services de type télévisuel » peut, à un certain moment, perdre de sa pertinence pour déterminer le niveau de règlement approprié pour un service donné de contenus audiovisuels - en particulier si les consommateurs ne font plus la distinction entre « linéaire » et « non linéaire » concernant le niveau de protection réglementaire qu'ils attendent¹².

La réaction de défiance des organismes de régulation et des responsables politiques face aux arguments de l'industrie à cet égard est sans doute naturelle, voire saine. S'agit-il tout simplement d'un appel à la déréglementation - ou, pour ceux qui appellent à un nivellement par le haut de certaines règles, d'une volonté d'« imposer des règles à mon rival » ? Pourtant, loin de déboucher sur un appel à la dérégulation totale du marché ou à la suppression de la Directive SMAV, cette forme de convergence des médias au niveau des consommateurs pourrait renforcer l'importance de certains principes clés de la Directive SMAV, qui verrait ainsi à l'avenir son importance se renforcer, et non décroître. Même si nous n'avons pas pour l'instant (ni avant fin 2014 au plus tôt) de synthèse officielle de la Commission

12) La plupart des parties concernées et organismes de régulation admettent que ce n'est pas encore le cas, comme en témoigne l'étude de l'Ofcom, voir Ofcom, *On-demand Services: understanding Consumer Choices*, réalisée par Essential Research, octobre 2012, disponible sur : http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/tv-ops/vod/Research_Report.pdf

européenne sur les réponses reçues lors de la consultation sur le Livre vert, il semblerait qu'un consensus se dégage pour considérer la protection des mineurs comme une priorité centrale pour tout instrument susceptible de remplacer la Directive SMAV. Par ailleurs, on s'accorde généralement à reconnaître qu'il est important de maintenir les normes actuelles de déontologie des communications commerciales, y compris en matière de transparence et de signalisation, ainsi que les règles relatives à la vie privée, ce qui implique probablement une plus grande part d'autorégulation des communications commerciales que ce n'est le cas aujourd'hui.

Cependant, quels que soient les principes convenus - concernant les mineurs, la déontologie ou diverses autres questions - leur mise en application pose un problème d'un autre niveau. Comme nous l'avons noté plus haut, il est important de défendre le principe de la responsabilité éditoriale, sans laquelle le respect effectif de toute règle européenne ou nationale deviendrait très difficile. Cela peut également s'avérer utile dans le cas de la télévision connectée mentionné ci-dessus, puisque l'un des moyens d'y parvenir, conformément à ce qui a été discuté un certain temps par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, consiste à garantir l'intégrité du signal de radiodiffusion en contrepartie de la responsabilité éditoriale, étant donné que cette responsabilité ne peut pas être garantie si des tiers interviennent sur le signal de diffusion. Dans l'exemple du service de télévision connectée, il serait alors établi que les incrustations commerciales et autres nouvelles techniques seraient exclues sans le consentement préalable du propriétaire du signal de diffusion concerné.

Malgré le rôle central de la responsabilité éditoriale pour déterminer si un service relève ou non de la définition d'un service de médias audiovisuels, ce concept ne figurait pas dans la Directive TSF, ni dans la proposition de la Commission pour la Directive SMAV. Il a été introduit initialement par le Parlement européen (par l'eurodéputée Ruth Hieronymi) pour clarifier le champ d'application de la proposition de la Commission, selon les termes suivants : « un service tel que défini aux articles 49 et 50 du traité, qui relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias et dont l'objet principal est la fourniture de programmes consistant en images animées, combinées ou non à du son, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2, point a), de la Directive 2002/21/CE, et/ou une communication commerciale audiovisuelle¹³ ».

Même s'il constitue une innovation relativement récente dans la couche harmonisée de la réglementation des contenus (Directive TSF/SMAV), le principe de responsabilité éditoriale n'est en soi ni révolutionnaire, ni lié à la législation de l'UE : les propriétaires de médias assument leur responsabilité éditoriale depuis que les éditeurs de journaux, pour leur part, se défendent dans des affaires de diffamation.

IX. Alors comment faire ?

Dans l'ère post-Directive SMAV (peu importe ici que la directive ait été révisée ou intégrée dans une directive plus large), la responsabilité éditoriale devrait avoir un rôle clé. Cela exigera un examen attentif des différentes traditions juridiques de la responsabilité éditoriale, qu'elles soient propres au secteur de la radiodiffusion sous licence, des médias imprimés sans licence (qui possèdent également un code de responsabilité éditoriale aussi rigoureux, mais basé sur une approche d'autorégulation) ou de l'univers en ligne (qui a toujours été réticent à adopter la notion d'éditeur, en partie pour des raisons compréhensibles telles que la complexité d'une pré-modération systématique de tous les contenus générés par les utilisateurs). Cette tâche devra également être clairement délimitée, afin de ne pas remettre en cause le principe, courant dans le monde de la radiodiffusion, selon lequel un « *dumb pipe* » (réseau de transport exclusivement) ne doit pas être tenu pour responsable des contenus sur lesquels il n'exerce aucune fonction éditoriale. Or, c'est précisément ce type de débat plus large que les institutions européennes devront engager, si l'UE veut se doter d'un cadre de régulation des médias approprié pour la prochaine décennie.

13) Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (COM(2005)0646 – C6-0443/2005 – 2005/0260(COD)), disponible sur : www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0559+0+DOC+XML+V0//FR

La protection des données à l'heure de la convergence des médias

Heiko Zysk
ProSiebenSat.1 Media AG¹

La mondialisation et la convergence croissantes des médias posent de nouveaux défis à la réglementation relative à la protection des données. Avec la généralisation des connexions internet à haut débit, la consultation sur un même terminal de médias auparavant distincts devient de plus en plus la norme. La fin de la séparation entre médias linéaires classiques (tels que la télévision) et offres typiquement non linéaires (telles que la vidéo à la demande ou les médias sociaux) doit elle aussi conduire à une adaptation de la réglementation, qu'il s'agisse du droit des médias ou de la protection des données. Les fournisseurs de médias ne connaissant plus de limites géographiques, il n'est pas certain que de nouvelles lois, dont le périmètre d'application se cantonnerait à un seul territoire, permettraient de parvenir à la réglementation exhaustive et tournée vers l'avenir que tous appellent de leurs vœux. Peut-être une « réglementation 3.0 » convergente devrait-elle intégrer davantage les utilisateurs et les fournisseurs, par exemple sur la base d'une réglementation associée à la promotion accrue d'une autorégulation ou d'une corégulation plus efficaces et plus rationnelles à l'échelle mondiale.

I. Le plus court chemin du « musée des médias » à un monde connecté et multimédia

A l'occasion d'un discours prononcé en 2010 devant diverses organisations représentant les médias, la commissaire européenne Neelie Kroes mettait l'Europe en garde contre le risque de devenir un « musée des médias² ». Selon elle, les entreprises de médias européennes devraient considérer les mutations du monde numérique comme un défi ou, mieux encore, comme une chance.

Il apparaît aujourd'hui que pratiquement toutes les entreprises de médias européennes sont actives dans l'économie numérique – certes avec un enthousiasme et un succès variables.

Pourtant, la diffusion d'images animées demeure le nerf de la guerre. Ce ne sont pas seulement les fournisseurs de contenus télévisuels (ou assimilés) en ligne qui le disent, mais les acteurs de l'économie numérique eux-mêmes. Dès 2018, 80 à 90 % de la charge réseau sera mobilisée par des contenus vidéo³ et leur consommation deviendra la motivation essentielle des citoyens pour demander des connexions internet rapides.

1) Pour de plus amples informations concernant les domaines d'activités de ProSiebenSat.1 Media AG, voir : www.prosiebensat1.com

2) Neelie Kroes, « *European media revolution – viability through innovation* », discours prononcé 30 juin 2010, Commission européenne, SPEECH/10/351, disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-351_en.htm

3) *White Paper – Cisco Visual Networking Index: Forecast and Methodology, 2013-2018*, 10 juin 2014, rapport disponible sur : www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/ip-ngn-ip-next-generation-network/white_paper_c11-481360.pdf

1. La mise en réseau des contenus

Si, au cours des décennies écoulées, le débat tournait surtout autour de la recherche d'un terminal convergent, la situation se présente aujourd'hui différemment : une variété de terminaux (depuis les téléviseurs intelligents jusqu'aux smartphones) sont en mesure d'interconnecter contenus et applications. C'est précisément ce qui différencie la réalité contemporaine des théories d'autrefois : la convergence n'est pas une question de technologie, mais de contenus. En d'autres termes, il convient de déterminer quels contenus (télévisés, par exemple) peuvent être mis en ligne avec une valeur ajoutée. Il n'existe pas de formule universelle pour définir cette valeur ajoutée : il peut s'agir d'une fonction de vote sur smartphone, d'une plateforme de *chat* sur tablette ou d'un catalogue de vidéo à la demande sur téléviseur intelligent. L'objectif est d'aboutir à une situation « gagnant-gagnant » classique : la plateforme de *chat* est populaire parce qu'une émission de télé-crochet suscite des discussions en ligne entre amis et l'émission gagne elle-même en intérêt pour les spectateurs et leurs connaissances dès lors qu'ils peuvent la voir simultanément sans se trouver dans le même lieu, tout en la commentant en ligne.

Le postulat qui voulait qu'internet cannibalise la télévision n'a donc jamais été aussi erroné qu'aujourd'hui et du point de vue d'un « radiodiffuseur classique », nous l'affirmons : si internet n'existait pas, nous, les chaînes, aurions envie de l'inventer.

2. La mondialisation des fournisseurs de contenus

L'augmentation purement quantitative des contenus vidéo sur internet focalise aujourd'hui l'attention. Il est courant, dans ce contexte, de prononcer une fois de plus la mort de la radiodiffusion, alors même que la télévision, avec une durée de consommation moyenne de 235 minutes par jour, continue de devancer les autres médias⁴.

Cependant, avec la mise en service de chaque nouvelle connexion internet à haut débit en Europe, la réglementation nationale et le cadre réglementaire européen applicables aux fournisseurs et aux contenus perdent insidieusement un peu plus de leur poids et ce problème-là est malheureusement beaucoup moins abordé.

Les fournisseurs européens se trouvent pourtant en concurrence directe avec ceux des pays tiers, du moins sur les terminaux des utilisateurs.

C'est ce défi que les fournisseurs européens et nationaux, mais aussi les législateurs, doivent prendre à bras le corps, au lieu de poursuivre le rêve illusoire de voir apparaître sur le marché un grand fournisseur paneuropéen de médias.

3. Une nouvelle monnaie pour de nouvelles offres

Dans ce meilleur des mondes des médias convergents, on oublie souvent que chaque vidéoclip, chaque application, chaque film, chaque *chatroom*, chaque jeu sur navigateur web et chaque site sont produits par des personnes pouvant légitimement espérer une rémunération adaptée pour leur travail créatif.

Le modèle de financement des contenus des médias linéaires reposait autrefois grosso modo sur deux piliers : le spectateur payait soit directement, auprès d'un opérateur privé de télévision à péage ou par l'intermédiaire de la redevance, soit indirectement, en consommant de la publicité.

Il est désormais évident que ces méthodes de financement ne sauraient être transposées telles quelles sur internet. Les modèles de *paywall* ne fonctionnent que pour quelques offres et les spectateurs rechignent généralement à visionner plus d'un spot publicitaire pour consommer des offres vidéo en ligne. Dans le même temps, les utilisateurs exigent des contenus de qualité et donc onéreux à fabriquer,

4) Données pour l'année 2012. Eurodata TV Worldwide, *One TV Year in the World*, 2013.

y compris (ou surtout) sur le web. Pour résoudre ce problème de financement, il importe selon nous d'accepter que l'utilisation des données équivaut à une nouvelle monnaie et constitue la seule solution économiquement viable pour offrir aux utilisateurs les contenus qu'ils recherchent. Il convient en outre d'admettre que ce troisième pilier permettra aussi, de façon croissante, le financement croisé de contenus linéaires classiques.

II. La protection des données est l'affaire de tous

L'introduction d'une nouvelle monnaie donne toujours lieu, initialement, à des malentendus, des craintes et des préjugés (que l'on songe à celle de l'euro). L'utilisation effective de la nouvelle monnaie tend à passer au second plan, tandis que ses dangers potentiels – rationnels ou irrationnels, fondés ou infondés – sont au cœur des préoccupations. En matière d'utilisation des données dans le cadre des offres de médias, les lignes de front sont clairement délimitées : d'un côté, les fournisseurs, qui recueillent des données, veulent en savoir le plus possible sur chaque utilisateur et entendent exploiter commercialement ces informations sans restrictions juridiques ; de l'autre, les utilisateurs, qui voient disparaître leurs informations les plus personnelles dans les ordinateurs centraux des collecteurs de données et pensent avoir perdu tout contrôle sur elles. Enfin, le législateur se doit de protéger chaque partie de l'autre.

Ce point de vue, selon nous, n'est cependant ni juste, ni adapté à l'objectif visé. Il est bien plus exact de considérer que les trois parties – entreprises, utilisateurs et législateur – amorcent un processus d'apprentissage et sont appelées à trouver ensemble une base juridique solide pour aborder de façon responsable le traitement des données.

1. Ce que les entreprises doivent apprendre

Nous nous trouvons au seuil d'une évolution au terme de laquelle l'utilisation des données comportementales et à caractère personnel aura la même importance pour le financement de contenus de médias que pour celui des médias sociaux ou des fournisseurs de moteurs de recherche, grâce à de la publicité personnalisée ou à des offres d'e-commerce ciblées sur l'utilisateur.

Le moment est donc venu de corriger les dysfonctionnements constatés dans cette phase initiale et de redresser le cap.

La condition sine qua non d'une réussite économique durable pour les fournisseurs est de donner l'assurance aux utilisateurs que leurs données font l'objet d'un traitement responsable. A l'heure actuelle, bon nombre d'entre eux sont encore prêts à livrer ces données en pâture sur internet avec plus ou moins d'insouciance, mais ce comportement ne doit pas laisser croire à une indifférence durable de l'ensemble des utilisateurs. Nous estimons que, dans un avenir proche, un aspect tel que la « transparence des données » deviendra très vraisemblablement un critère de distinction entre opérateurs commerciaux. En 2012, qui plus est, quelque 40 % des citoyens de l'Union n'avaient encore jamais effectué d'achats en ligne, sans doute en partie parce que l'utilisation d'internet dans certains Etats membres doit encore être développée. Toutefois, même dans les Etats affichant traditionnellement d'un taux de pénétration élevé pour les connexions internet à haut débit (Suède, Finlande ou Royaume-Uni, par exemple), un pourcentage non négligeable de 20 à 30 % d'utilisateurs n'avait encore jamais réalisé un seul achat sur le web⁵.

Il n'est pas certain que les utilisateurs aient aujourd'hui conscience de la valeur de leurs données ou qu'ils sachent évaluer si les offres en échange desquelles ils remettent leurs données en valent réellement la peine. Un exemple : la possibilité de stocker gratuitement des images en ligne et d'obtenir pour ce faire un espace dans un *cloud* (« nuage informatique ») a sans aucun doute une certaine valeur. En revanche, il n'est peut-être pas raisonnable que l'utilisateur abandonne tous ses droits sur ces

5) Eurostat, « Année européenne des citoyens 2013 – Dans l'UE, près de 60 % des utilisateurs d'internet achètent en ligne », communiqué de presse 147/2013, 15 octobre 2013, disponible sur : http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUB/4-15102013-AP/FR/4-15102013-AP-FR.PDF

images pour l'éternité. A l'avenir, un nombre croissant d'internautes sera sans doute plus attentif à la contrepartie obtenue en échange des données livrées.

A l'instar du label « Fairtrade⁶ » qui signale à l'acheteur de denrées alimentaires que le producteur respecte pour son approvisionnement en matières premières certaines normes certifiées, un label équivalent sur internet pourrait garantir à l'utilisateur que la contrepartie qu'il reçoit en échange de certaines données est juste et adaptée.

Les technologies et les méthodes utilisées pour recueillir et traiter ces données constituent sans aucun doute une question très complexe.

Il est difficile d'expliquer à « l'utilisateur lambda » de téléviseurs intelligents, smartphones ou tablettes ce qu'impliquent l'enregistrement de son comportement d'utilisateur, l'agrégation de celui-ci avec ceux d'autres utilisateurs de façon partiellement anonymisée, la revente de ces données à des entreprises, puis leur réutilisation par d'autres entités. Dans le même temps, présenter un contrat d'utilisation de 40 pages irréprochable d'un point de vue juridique que la quasi-totalité des intéressés accepterait d'un clic sans le lire ne saurait constituer une solution.

Ce qui fait défaut est un système qui permettrait à l'utilisateur de savoir aisément et sous une forme intelligible quelle valeur ajoutée lui apporte la transmission de ses données, comment celles-ci sont sécurisées et à quels contrôles sont soumis ceux qui les recueillent.

Là encore, il s'agit de trouver un moyen terme entre une information exhaustive et compréhensible.

L'exemple d'autres industries peut une fois de plus s'avérer instructif : aucun consommateur ou presque n'est réellement en mesure de contrôler ou de juger, par exemple, la qualité d'un siège auto pour enfant. En revanche, tous peuvent d'un coup d'œil s'assurer que le siège porte un marquage d'homologation ECE et vérifier la classe d'âge pour laquelle il est conçu.

2. Ce que les utilisateurs doivent apprendre

La Toile (ou du moins la majorité des contenus disponibles en ligne) est caractérisée par une culture de la gratuité.

Les utilisateurs s'attendent à ce que tout contenu soit disponible à tout moment sur n'importe quel terminal, et ce, bien sûr, à titre gracieux.

Même à notre époque, dans laquelle internet a pratiquement acquis le statut de bien public, les utilisateurs doivent comprendre que (presque) toutes les offres apparemment disponibles « pour rien » doivent être financées en dernier ressort. L'inverse est également vrai : tout internaute qui rechignerait à payer, que ce soit en numéraire ou par ses données, se trouverait exclu de l'utilisation de nombreuses offres.

En conséquence, le personnel politique se fourvoie et agit inconsidérément lorsqu'il suggère aux utilisateurs de s'opposer complètement à l'utilisation de leurs données, en leur faisant croire qu'ils pourraient malgré cela continuer à se servir d'internet dans toute sa richesse.

Si nous partons au contraire du principe que l'utilisation d'offres en ligne dépendra surtout, à l'avenir, de la propension de l'internaute à céder ses données en guise de moyen de paiement, se posera tôt ou tard la question de savoir si une telle évolution ne donnera pas lieu à l'apparition d'une nouvelle « fracture numérique », entre les utilisateurs consentants (« *opt-in* ») et les objecteurs (« *opt-out* »).

Il est certes compréhensible que les revendications des associations de défense des consommateurs soient adressées au premier chef aux entreprises de traitement des données, mais à moins d'une

6) www.fairtrade.eu

participation active de tous les utilisateurs, aucun cadre conçu pour le long terme ne saurait voir le jour en la matière.

La nécessité, déjà évoquée ici, d'une présentation transparente de l'exploitation des données par l'entreprise exige notamment de la part du grand public un minimum d'engagement, en particulier s'agissant de l'éducation aux médias des enfants et des adolescents.

3. Ce que le législateur doit apprendre

Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, la collecte et le traitement des données constituent un processus complexe pour lequel il ne saurait exister une réglementation simple applicable à tous les cas de figure. Une approche holistique couvrant tous les acteurs est donc nécessaire, au même titre qu'un niveau élevé de flexibilité permettant de tenir compte des futures évolutions de la technologie.

D'importants défis jalonnent la mise en place d'une réglementation globale intégrant les objectifs de protection des utilisateurs tout en ménageant une marge de développement suffisante pour l'économie de la création. Ce point apparaît avec une acuité accrue dès lors que l'on prend la mesure du nombre de parties concernées : les données peuvent être collectées par les fabricants de terminaux, les fournisseurs d'accès à internet et les services de médias ou de commerce électronique établis dans l'Union européenne ou dans des pays tiers. Il convient en outre, naturellement, de définir le rôle de l'utilisateur : de quel degré d'autonomie peut-on lui faire crédit et quel niveau de protection estime-t-on nécessaire ? Le futur règlement général sur la protection des données définira pour la première fois un cadre applicable également aux entreprises dont le siège ne se trouve pas dans l'Union, mais qui y réalisent des bénéfices grâce aux utilisateurs européens. Nous accueillons très positivement cette démarche, de même que la récente décision de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle il suffit qu'un fournisseur de moteur de recherche ait une activité dans un Etat membre pour être soumis au droit européen, quand bien même il n'estime pas être basé dans l'Union⁷.

Il est selon nous absolument indispensable que le législateur perçoive, ainsi que nous l'avons évoqué plus haut, combien les recettes tirées de la publicité personnalisée dans les offres à la demande contribuent aussi à financer les contenus télévisés en qualité de troisième pilier. Plus nous nous éloignons du « musée des médias » critiqué par la commissaire Neelie Kroes, plus ces revenus augmentent. Pourtant, les rentrées attribuables à la publicité télévisée ou à la télévision à péage demeurent aussi importantes. Pour ces piliers historiques du financement des contenus médiatiques, il convient également de ménager un potentiel d'évolution, notamment grâce à une modernisation et à une débureaucratiation du cadre juridique concernant les services de médias audiovisuels au sens de la Directive SMAV. Dans le cas contraire, le droit des médias resterait figé dans le « musée réglementaire » des années 1990.

La prise en compte des utilisateurs dans la mise en place d'un cadre réglementaire commun doit selon nous être une priorité. Il ne suffit pas d'imposer l'ajout, sur chaque site web ou chaque appareil connecté, d'un simple bouton « *opt in/opt out* » en pensant que cela réglera le problème. Ce système montre déjà ses lacunes s'agissant de la transposition de la directive vie privée et communications électroniques⁸ : lorsque l'utilisateur a vu cent fois apparaître l'avertissement concernant l'utilisation des cookies, il finit tôt ou tard par ignorer cette option. De plus, quantité de sites ne peuvent pas du tout être utilisés en l'absence de cookies. Au lieu de s'en remettre à la méthode radicale des boutons « *opt in/opt out* » concernant la transmission des données, la réglementation devrait chercher en la matière une solution plus intelligente et offrir à l'utilisateur une autre alternative que celle consistant soit à se déconnecter du Net, soit à devoir l'utiliser en intégralité tel qu'on le lui présente.

7) Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 13 mai 2014 dans l'affaire C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, Mario Costeja González.

8) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JO L 201/37 du 31 juillet 2002.

III. Le problème encore sous-estimé du « *big data* »

La collecte des données que les internautes laissent dans leur sillage plus ou moins volontairement est une question qui ne se pose pas uniquement dans le contexte des rapports entre utilisateurs et fournisseurs de médias. Ce volumineux ensemble de données (ou « *big data* ») n'a pas seulement des implications pour la sphère privée des utilisateurs et il convient également de clarifier dans quelle mesure ce « *big data* » est à la disposition des acteurs du marché. En effet, quand bien même il existerait une base solide du point de vue du droit de la protection des données au stade de la collecte, elle ne réglerait pas la question de l'accès sans discrimination à ces données.

Il est à craindre que les acteurs du marché, qui exploitent d'ores et déjà les recherches sur le web comme un monopole de fait, s'approprient à l'avenir toutes les informations susceptibles d'être recueillies concernant les internautes et leurs comportements, par exemple lors de l'utilisation de moteurs de recherche, laquelle génère des quantités de données considérables.

Il serait cependant fâcheux qu'un tel abus de position dominante empêche demain les fournisseurs de médias européens d'accéder aux données des utilisateurs européens que ceux-ci auront consenti à céder.

En revanche, si un consensus se dégage – indépendamment même d'un accord de principe – pour considérer que les données des utilisateurs possèdent une valeur marchande élevée en vue du financement des contenus de médias européens, le pouvoir politique doit faire en sorte que l'accès à ce nouveau « carburant » d'internet ne soit pas contrôlé par une petite poignée d'acteurs.

La sauvegarde de la compétitivité des entreprises européennes du secteur des médias et de l'internet doit être l'une des composantes du futur régime global de protection des données.

IV. Solutions

A l'heure où les médias et les acteurs du commerce électronique proposent des offres mondialisées, la réglementation doit se concentrer sur l'instauration de conditions équitables (« *level playing field* »). Il s'agit de parvenir à une réglementation commune pour les contenus ou les services comparables, quel que soit leur mode de distribution ou leur pays d'origine. Pour ce faire, la voie législative doit être envisagée, tout comme les modèles d'autorégulation ou de corégulation. Dans le périmètre d'application du droit européen, le respect et le maintien du principe du pays d'origine doivent avoir la priorité absolue.

1. Des dispositions légales

Il serait souhaitable que les Etats membres qui sont encore sceptiques à l'endroit du règlement général sur la protection des données renoncent à leur position de blocage et lui donnent enfin leur feu vert, afin que l'Europe parvienne, tout au moins dans un premier temps, à un niveau de protection homogène pour tous ses citoyens et à un cadre réglementaire commun pour l'ensemble des entreprises de l'Union.

Là encore, la création de ce cadre commun européen doit passer avant les intérêts particuliers des Etats membres. Cette réticence vis-à-vis du règlement est en définitive néfaste non seulement pour le positionnement de l'Europe dans le débat sur les normes mondiales de protection des données, mais aussi pour les entreprises des différents Etats membres, dans leurs rapports de concurrence avec les fournisseurs basés dans des pays tiers.

2. Une autorégulation transnationale

Dans le domaine de la publicité comportementale en ligne, les fournisseurs et les annonceurs ont adopté pour la première fois, à l'issue d'un processus d'ampleur quasi mondiale, un cadre homogène concernant la signalisation de ces publicités et les mécanismes d'*opt-out*. L'utilisateur, qu'il se trouve aux Etats-Unis, en Europe ou en Australie, peut s'informer grâce à une plateforme intitulée « *Your*

Online Choices » (« Vos choix sur internet ») sur le fonctionnement et les caractéristiques de la publicité comportementale, ainsi que sur les moyens de la désactiver. Grâce à une signalisation standardisée, un internaute européen est à même de reconnaître ce type de publicité tant sur des sites américains que sur ceux de son pays d'origine⁹.

Avec de nombreuses autres entreprises, nous avons participé à l'élaboration de ce code commun pour « *Your Online Choices* », notamment en notre qualité de membre de l'Association des télévisions commerciales européennes (ACT) et du Groupe européen de la publicité télévisée (EGTA).

Sur le principe, il va de soi que les autorités de contrôle et les instances législatives voient d'un œil peu favorable les modèles d'autorégulation. Elles les soupçonnent trop facilement de ne constituer qu'une solution confortable pour échapper à un excédent de réglementation. Dans le cas de ce modèle d'autorégulation de la publicité comportementale en ligne, cette critique nous paraît cependant irrecevable. En effet, les discussions – souvent houleuses – qui ont réuni les entreprises participantes pendant plus d'un an ont permis de relever un défi : établir pour la première fois un cadre tenant compte, d'une part, des principes et sensibilités juridiques des Etats de l'Union européenne et, d'autre part, de la philosophie juridique et du point de vue des Etats-Unis.

Il est parfaitement légitime de critiquer l'imperfection des normes actuelles d'autorégulation dans ce domaine.

Toutefois, si nous souhaitons vraiment que l'utilisateur européen d'internet ou de services en ligne bénéficie d'un niveau de protection de ses données acceptable quand il utilise des offres non européennes, nous devons reconnaître que cet objectif ne saurait être atteint par le seul intermédiaire de contraintes légales rigides.

Par ailleurs – et c'est dans la nature d'internet –, il est impossible aujourd'hui de prédire avec certitude les exigences réglementaires qui viendront s'ajouter dans cinq ou dix ans en matière de protection des données. Seuls, les règlements et les directives ne peuvent plus suivre dans le détail le rythme d'évolution du web ; en revanche, ils peuvent et doivent définir les orientations générales qui s'imposent.

Afin de préciser comme il se doit ces orientations, il nous semble non seulement souhaitable, mais absolument nécessaire d'associer plus étroitement les acteurs du marché à l'élaboration de normes ou de codes dans le cadre de modèles d'autorégulation et de corégulation.

3. Un dialogue à l'échelle mondiale

Partant du principe qu'internet constitue un espace mondial, le débat relatif à des normes communes ne saurait s'arrêter aux frontières extérieures de l'Union européenne : ces normes doivent être mondiales.

Il serait relativement vain de nous congratuler mutuellement et de nous féliciter du niveau de protection des données des utilisateurs dans l'Union européenne, dès lors qu'une grande part des échanges de données européens se déroule en dehors du domaine d'application de notre droit.

Les expériences des dernières années (contentons-nous de citer les noms d'ACTA, de SOPA et de PIPA) ont en outre montré qu'à l'heure de la « démocratie liquide » et des réseaux sociaux, tout débat sur l'encadrement juridique du Net n'incluant pas les utilisateurs est passablement improductif.

En revanche, si notre objectif, au-delà de la protection des données, est aussi et avant tout que les citoyens acquièrent plus d'autonomie dans le contrôle des données qu'ils sont amenés à céder, et qu'ils fassent ainsi davantage confiance aux entreprises pour traiter ces données de façon responsable, alors le dialogue doit être mené d'une façon ouverte et transparente.

9) Pour de plus amples informations, consulter : www.youronlinechoices.eu

Il serait souhaitable que l'Europe amorce et promeuve ce dialogue – si ce n'est à l'échelon mondial dans l'immédiat, à tout le moins sous la forme d'un dialogue transatlantique réunissant autour d'une même table entreprises et utilisateurs, institutions et responsables politiques de ces deux grands espaces économiques.

4. Un label à plusieurs niveaux

Au stade de la mise en œuvre concrète, nous appelons de nos vœux une approche au minimum en deux temps, qui tienne compte des réglementations indispensables, mais valorise aussi les normes issues de la corégulation ou de l'autorégulation qui renforcent l'autonomie des internautes et la transparence de l'utilisation des données.

A l'instar des marquages ou certificats de sécurité dans d'autres branches industrielles, des labels communs pour la protection et la gestion des données permettraient aux utilisateurs de connaître d'un regard le niveau de protection assuré par telle ou telle offre.

Les offres répondant aux exigences de base, telles que les prescriptions juridiques de l'Union concernant la sphère privée ou la sécurité des données, recevraient un label « argent ».

Celles permettant en sus aux utilisateurs d'acquérir une plus grande maîtrise de leurs données et allant dans le sens d'une bonne gestion de ces dernières par l'internaute pourraient se voir attribuer un label « or ».

L'objectif ne devrait pas se limiter à rechercher un niveau de législation minimal. Il s'agit d'instaurer des mécanismes permettant à l'utilisateur de contrôler par lui-même ce que deviennent ses données ; ils renforceront non seulement la confiance passive dans la protection des données, mais aussi la place de l'utilisateur, qui deviendra alors acteur de son autonomie.

Nouvelles formes de communications commerciales et législation en matière de protection des données

Frederik Zuiderveen Borgesius

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

Cette contribution présente un aperçu des règles qui s'imposent aux communications commerciales en vertu de la législation européenne relative à la protection des données¹. Dans de nombreux cas, la directive sur la protection des données (Directive 95/46/CE) s'applique aux nouvelles formes de communications commerciales et prévoit des obligations en matière de traitement des données personnelles². En outre, la directive vie privée et communications électroniques (Directive 2002/58/CE) impose une obligation de consentement pour le recours à la plupart des technologies de traçage, telles que les cookies³.

I. Nouvelles formes de communications commerciales

L'une des principales innovations que permettent les nouvelles formes de publicité est le ciblage des individus par les publicités. Deux personnes qui, au même moment, consultent le même site web ou regardent la même chaîne de télévision numérique peuvent être exposés à des publicités différentes. Ces nouvelles techniques de marketing peuvent être regroupées sous le terme de ciblage comportemental. Cette technique implique de suivre le comportement des individus en ligne et d'utiliser les informations collectées pour leur délivrer des publicités spécifiquement ciblées. Le comportement en ligne peut concerner l'usage du navigateur sur internet mais aussi, par exemple, les habitudes de consommation de la télévision numérique ou les interactions des utilisateurs sur les applications de smartphones.

Les cookies sont une technologie couramment utilisée pour le ciblage comportemental. Un cookie est un texte court qu'un éditeur de site internet stocke sur l'ordinateur d'un utilisateur pour reconnaître le terminal lors des utilisations suivantes. De nombreux sites web utilisent les cookies, par exemple pour garder en mémoire le contenu des paniers virtuels d'achats (cookies internes). Les réseaux publicitaires sont des entreprises qui délivrent des publicités sur des milliers de sites web. De tels réseaux peuvent non seulement placer mais également lire les cookies (cookies émanant de tiers). Un réseau publicitaire

1) Cette contribution se fonde sur les recherches de doctorat de l'auteur : « Behavioural targeting and privacy. How to regulate? » (à paraître).

2) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (Journal officiel L 281, 23 novembre 1995, p. 31-50).

3) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques) (Journal officiel L 201, 31 juillet 2002, p. 37-47), telle que modifiée par la directive droits des citoyens (Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) no 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs (Journal officiel L 337, 18 décembre 2009, p. 11-36)).

peut donc tracer un utilisateur d'internet sur tous les sites web auxquels il fournit des publicités. Les cookies de tiers sont placés sur quasiment tous les sites web populaires. Une visite sur un site engendre souvent la réception de cookies tiers issus d'une douzaine de réseaux publicitaires.

II. Droit à la vie privée et droit à la protection des données personnelles

Le droit au respect de sa vie privée est un droit fondamental du système juridique européen, protégé par la Convention européenne des droits de l'homme⁴. La Cour européenne des droits de l'homme interprète le droit à la vie privée issu de la Convention de manière large. Par exemple, la Cour affirme que les informations tirées du traçage de l'utilisation d'internet par un individu sont protégées par le droit à la vie privée⁵.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne répertorie les libertés et droits fondamentaux reconnus par l'Union européenne. La Charte a été adoptée en 2000 et a force contraignante depuis le Traité de Lisbonne de 2009⁶. La Charte reprend presque mot pour mot le texte de la disposition relative au droit à la vie privée de la Convention européenne des droits de l'homme⁷.

La Charte inclut un droit distinct à la protection des données à caractère personnel dans son article 8. Selon cet article « [c]es données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification⁸ ». La Charte ajoute que ces règles doivent être soumises au contrôle d'autorités indépendantes de protection des données.

III. Législation en matière de protection des données et nouvelles formes de communications commerciales dans un secteur audiovisuel convergent

1. Principes relatifs à la protection des données

La législation en matière de protection des données est un dispositif juridique qui vise à garantir que le traitement des données personnelles soit loyal, licite et transparent. La législation en matière de protection des données confère des droits aux individus dont les données sont traitées (« personnes concernées ») et impose des obligations aux parties qui traitent ces données (« responsables du traitement » des données⁹).

Cette contribution se concentre sur la directive relative à la protection des données plutôt que sur les instruments nationaux de mise en œuvre. S'agissant de l'interprétation de la législation en matière de protection des données, la contribution se base sur les avis publiés par le Groupe de travail « Article 29 », un groupe consultatif indépendant formé de représentants des autorités de protection des données des Etats membres, du Contrôleur européen de la protection des données¹⁰ et d'un représentant de la Commission européenne. Les avis de ce Groupe de travail ne sont pas juridiquement contraignants, mais

4) Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, STCE no 005, 9 novembre 1950, dernière version modifiée disponible sur : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/005.htm>

5) CEDH, *Copland c. Royaume-Uni*, no. 62617/00, 3 avril 2007, par. 41-42.

6) Voir article 6.1 du Traité sur l'Union européenne (version consolidée, 2012). Les institutions de l'UE sont tenues de se conformer à la Charte. Les Etats membres doivent également s'y conformer lorsqu'ils mettent en œuvre la législation de l'UE (article 51 de la Charte).

7) La Cour de justice de l'Union européenne affirme que le droit à la vie privée tel qu'inscrit dans la Charte et dans la Convention doit être interprété de la même manière (CJUE, C-400/10, *J. McB. C. L. E.*, 5 octobre 2010, par. 53).

8) Article 8(2) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

9) Voir article 2(a) et 2(d) de la directive sur la protection des données.

10) Article 29(2) de la directive sur la protection des données. Le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) est l'autorité de contrôle indépendante qui contrôle le traitement des données personnelles effectué par une institution ou un organe de l'Union européenne (voir article 41 du Règlement (CE) 45/2001 relatif au traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires).

ils ont une certaine influence. Les juges et les autorités de protection des données nationales suivent souvent l'interprétation du Groupe de travail.

Depuis son introduction au début des années 1970, la législation en matière de protection des données a évolué jusqu'à devenir un domaine juridique complexe. En adaptant quelque peu la classification proposée par Lee Andrew Bygrave, la législation en matière de protection des données repose essentiellement sur neuf principes : le principe du traitement loyal et licite, le principe de transparence, le principe de la participation et du contrôle de la personne concernée, le principe de limitation à une finalité spécifique, le principe de la minimisation des données, le principe de la qualité des données, le principe de proportionnalité, le principe de sécurité et le principe lié au caractère sensible des données¹¹.

Le principe du traitement loyal et licite est la norme fondamentale de la législation en matière de protection des données. La directive sur la protection des données personnelles affirme que ces données doivent être traitées « loyalement et licitement¹² ». Cette obligation de licéité est assez claire : le traitement des données doit se faire dans le respect de la législation en matière de protection des données et des autres lois. Le caractère loyal est moins précis. Entre autres, il impose la transparence¹³.

Le principe de transparence pourrait être considéré comme le principe le plus important, avec le principe de traitement loyal et licite¹⁴. Le traitement des données doit se faire de manière transparente et le recueil dissimulé de données est interdit (sauf lorsqu'une exception s'applique, par exemple en matière de sécurité nationale). La loi oblige les responsables du traitement des données à fournir à la personne concernée des informations sur leur identité et l'objectif du traitement des données, ainsi que toute information nécessaire pour garantir un traitement loyal. Un responsable du traitement des données peut s'appuyer sur une politique de respect de la vie privée pour respecter les obligations de transparence posées par la législation en matière de protection des données. Ces obligations sont également applicables lorsque le responsable du traitement ne demande pas le consentement de la personne concernée, mais s'appuie sur une autre base juridique pour traiter les données¹⁵.

Le principe de la participation et du contrôle vise à impliquer la personne concernée. Plusieurs droits découlent de ce principe. Par exemple, dans certains cas, les responsables du traitement des données sont autorisés à traiter les données personnelles uniquement avec le consentement de la personne concernée. Dans de nombreux autres cas, les individus ont le droit de s'opposer au traitement des données¹⁶. Les personnes concernées ont le droit d'obtenir du responsable des informations sur l'éventuel traitement de leurs données et sur les objectifs de ce traitement¹⁷. Les personnes concernées ont également le droit de corriger ou d'effacer des données¹⁸.

Le principe de limitation à une finalité spécifique affirme que les données personnelles doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités¹⁹. La première obligation est connue sous le terme de principe de détermination de la finalité. Les données personnelles peuvent être traitées sur la base du consentement de la personne concernée ou sur une autre base juridique. Ces autres bases juridiques sont répertoriées de manière exhaustive, et ne peuvent être invoquées que lorsque le traitement est « nécessaire²⁰ ». La section 4 ci-dessous revient sur cette obligation de s'appuyer sur une base juridique pour le traitement des données.

11) Cette contribution s'appuie, avec une terminologie légèrement différente, sur la classification en huit principes par Lee Andrew Bygrave, en y ajoutant le principe de transparence. Bygrave inclut ce dernier dans le principe de traitement loyal et licite. Voir : Bygrave L. A., *Data privacy law. An international perspective*, Oxford University Press 2014, chapitre 14 (ci-après : Bygrave 2014).

12) Article 6(1)(a) de la directive sur la protection des données.

13) Considérant 38 de la directive sur la protection des données.

14) Voir De Hert P. et Gutwirth S., « Privacy, Data Protection and Law Enforcement. Opacity of the Individual and Transparency of Power », in Claes E. et al. (éd.), *Privacy and the Criminal Law*, Intersentia 2006.

15) Voir articles 10 et 11 et considérant 38 de la directive sur la protection des données et article 13 pour les exceptions.

16) Consentement : articles 7(a), 8(2)(a), 26(1)(a) ; opposition : article 14 de la directive sur la protection des données.

17) Article 12(a) de la directive sur la protection des données.

18) Article 12(b) de la directive sur la protection des données.

19) Article 6(b) de la directive sur la protection des données.

20) Article 7 de la directive sur la protection des données. Voir également article 8(2) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le principe de la minimisation des données interdit leur traitement excessif, au regard de la finalité du traitement. Ce principe se retrouve dans plusieurs dispositions. Par exemple, un responsable du traitement n'a pas le droit de traiter davantage de données personnelles qu'il lui est nécessaire, ou de les conserver plus longtemps que nécessaire²¹.

Le principe de proportionnalité a principalement été développé par la jurisprudence²². Selon la Cour de justice de l'Union européenne, « le principe de proportionnalité exige [que les mesures] soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis (...) et ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de ces objectifs²³ ». La proportionnalité revêt deux aspects dans le cadre de la législation en matière de protection des données. Premièrement, il s'agit d'un principe général de la législation en matière de protection des données. Deuxièmement, la proportionnalité se révèle souvent pertinente lors de l'application des dispositions de cette législation, par exemple lorsqu'une disposition mentionne le caractère « nécessaire²⁴ ».

Le principe de la qualité impose que les données personnelles soient suffisamment exactes, complètes et pertinentes. Les responsables de leur traitement doivent prendre des mesures raisonnables pour que les données inexactes ou incomplètes soient effacées ou rectifiées²⁵.

Le principe de sécurité impose un niveau approprié de sécurité et de confidentialité au traitement des données personnelles. Les responsables du traitement des données doivent les protéger contre une divulgation ou un accès non autorisé, ainsi que contre toute autre forme illicite de traitement²⁶.

Le principe lié au caractère sensible des données concerne le régime plus strict prévu pour les « catégories spécifiques » de données personnelles. Il s'agit notamment des données révélant l'origine raciale ou ethnique, les croyances religieuses, et les informations concernant la santé et la vie sexuelle. Le traitement de telles catégories de données est en principe interdit, sauf lorsqu'une exception est juridiquement prévue, par exemple un impératif médical. Un Etat membre peut autoriser les personnes concernées à passer outre cette interdiction en donnant leur « consentement explicite²⁷ ». Au-delà de ces catégories spéciales de données, la nature des données est également prise en compte. Plus les données personnelles sont sensibles, plus les règles de la législation en matière de protection des données doivent être appliquées strictement²⁸. Lorsque les opinions politiques ou les préférences sexuelles d'un individu peuvent être déduites de ses habitudes de consommation des médias, il est possible d'arguer que les données personnelles liées à cet usage des médias relèvent du régime plus strict imposé aux catégories spécifiques de données.

Outre ces principes fondamentaux de la législation en matière de protection des données, il existe un deuxième ensemble de règles, qui concerne principalement la mise en œuvre de ces principes²⁹. Il s'agit par exemple du contrôle du respect de la législation en matière de protection des données par les autorités indépendantes de protection des données³⁰.

La directive sur la protection des données distingue les « responsables du traitement » des « sous-traitants ». Le responsable du traitement détermine les finalités et les moyens du traitement des données personnelles³¹. Il est responsable du respect de la législation³². Le sous-traitant quant à lui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement³³. La difficulté

21) Article 6(1)(c) et 6(1)(e) de la directive sur la protection des données.

22) Bygrave 2014, p. 147.

23) CJUE, C-293/12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd et Setlinger et autres*, 8 avril 2014, par. 46.

24) Kuner C., « EU Data Protection : Proportionality Principle » (2008) 7(44) *BNA Privacy & Security Law Report*, p. 1615-1619.

25) Article 6(1)(d) et article 12 de la directive sur la protection des données.

26) Bygrave 2014, p. 164-165. Voir articles 16 et 17 de la directive sur la protection des données.

27) Article 8 de la directive sur la protection des données.

28) Chez Bygrave, l'attention portée à la nature des données personnelles en général ne semble pas relever du principe lié au caractère sensible des données (Bygrave 2014, p. 165-167).

29) Bygrave L.A., *Data protection law : approaching its rationale, logic and limits*, Kluwer Law International, 2002, p. 70-83.

30) Article 8(3) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

31) Article 2(d) de la directive sur la protection des données. La directive définit aussi les « tiers » et les « destinataires » (article 2(f) et 2(g)).

32) Articles 6(2)(b) et 23(1) de la directive sur la protection des données.

33) Article 1(e) de la directive sur la protection des données. Les principales responsabilités du sous-traitant concernent la confidentialité (article 16).

apparaît clairement dans le cadre du ciblage comportemental, où de nombreuses parties peuvent être impliquées dans la fourniture d'une publicité. Selon le Groupe de travail « Article 29 », les réseaux publicitaires et les éditeurs de sites web exercent souvent conjointement le rôle de responsable du traitement, dans la mesure où ils définissent ensemble les finalités et les moyens du traitement. Par exemple, l'éditeur du site web autorise le réseau publicitaire à placer des cookies sur son site. Pour le Groupe de travail, un éditeur de site web ne peut se soustraire à ses responsabilités et affirmer ne pas savoir comment les réseaux publicitaires utilisent son site web³⁴.

En principe, la directive sur la protection des données interdit le transfert de données personnelles en dehors de l'Union européenne, si ces Etats tiers ne peuvent garantir un niveau adéquat de protection des données personnelles³⁵. Il existe des exceptions à cette interdiction. Par exemple, la personne concernée par les données peut contourner cette interdiction en consentant à un transfert³⁶.

S'agissant des Etats-Unis, qui ne font pas partie des Etats disposant d'une protection « adéquate », un accord sur une « sphère de sécurité » spécifique est en place. En vertu de cet accord, les responsables du traitement des données de certains secteurs aux Etats-Unis sont réputés offrir un niveau de protection adéquat s'ils acceptent de se conformer aux principes de protection des données³⁷.

2. Champ d'application matériel de la législation en matière de protection des données

La législation européenne en matière de protection des données est mise en œuvre dès lors que des « données personnelles » sont traitées. Le ciblage comportemental implique souvent le traitement de profils pseudonymes, c'est-à-dire individuels, mais anonymes. Le traitement de ces données inclut-il alors le traitement de « données personnelles » ? C'est généralement le cas, selon les autorités européennes de protection des données.

La directive sur la protection des données définit les données personnelles comme : « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée³⁸) ». Une personne est identifiable lorsqu'elle peut être identifiée directement ou indirectement. Dans son préambule, la directive affirme que « pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre, soit par le responsable du traitement, soit par une autre personne, pour identifier ladite personne³⁹ ». Le préambule suggère ainsi que le fait que la personne puisse être identifiée par la partie qui détient les données ou par une autre partie n'est pas décisif. La portée exacte de la définition des données personnelles doit être précisée par les tribunaux.

La Cour de justice de l'Union européenne, qui est la plus haute autorité pour l'interprétation de la législation de l'Union européenne, ne s'est pas encore prononcée sur le ciblage comportemental. Mais quelques affaires présentent des points pertinents à cet égard. Le débat sur le ciblage comportemental est proche de celui qui porte sur les adresses IP. Dans une décision de 2011, *Scarlet c. Sabam*, qui portait sur les adresses IP dont disposait un fournisseur d'accès à internet, la Cour a jugé que ces adresses IP constituaient des données personnelles⁴⁰. La Cour confirmait ainsi qu'une information non associée à un nom pouvait être une donnée personnelle. La Cour a utilisé un langage quelque peu ambigu, et la question de savoir si les adresses IP devraient être considérées comme des données personnelles

34) Groupe de travail Article 29, « Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne » (WP 171), 22 juin 2010, p. 11.

35) Articles 25 et 26 de la directive sur la protection des données.

36) Article 26(1)(a) de la directive sur la protection des données.

37) Voir le site internet sur la sphère de sécurité : www.export.gov/Safeharbor. Le programme Sphère de sécurité a toujours été controversé, mais les critiques ont été plus virulentes après les révélations de Snowden en 2013 sur la surveillance internationale opérée par les agences de renseignement américaines. Voir notamment : Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, « Rapport sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers Etats membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures » (2013/2188(INI)), 21 février 2014, disponible sur : www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2014-0139&language=FR

38) Article 2(a) de la directive sur la protection des données.

39) Article 2(a) et considérant 26 de la directive sur la protection des données.

40) CJUE, C-70/10, *Scarlet c. Sabam*, 24 novembre 2011, par. 51.

lorsqu'elles ne sont pas aux mains d'un fournisseur d'accès internet n'est pas clairement réglée. Il est plus difficile, pour les parties qui n'offrent pas d'accès à internet, d'associer une adresse IP à un nom. Elles pourraient donc tenter de faire valoir que les adresses IP ne sont pas des données personnelles dans leur situation.

Selon le Groupe de travail, les données qui permettent d'identifier une personne au sein d'un groupe sont des données personnelles. Le Groupe de travail ajoute que les cookies utilisés pour le ciblage comportemental sont des données personnelles car ils « permettent « d'identifier » les personnes concernées, même si leurs noms ne sont pas connus⁴¹ ». De nombreux universitaires s'accordent sur le fait que la législation en matière de protection des données est généralement applicable au ciblage comportemental⁴².

Dans le secteur des médias audiovisuels, de nombreuses parties qui pratiquent le ciblage comportemental disposent ou peuvent disposer du nom de l'individu qui fait l'objet de publicité ciblée. Par exemple, un fournisseur de télévision connectée qui cible ses abonnés avec de la publicité comportementale connaît logiquement leurs noms et adresses.

En résumé, il paraît raisonnable de supposer que la législation en matière de protection des données s'applique au ciblage comportemental dans la plupart des cas.

3. Champ d'application territorial de la législation en matière de protection des données

La directive sur la protection des données contient des dispositions en vue de déterminer si les responsables du traitement des données établis en dehors de l'Union européenne doivent se conformer aux règles européennes⁴³. Les deux principales dispositions relatives à la territorialité peuvent être résumées comme suit. Premièrement, la législation européenne en matière de protection des données s'applique lorsque le traitement prend place dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'Union européenne. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, la législation européenne en matière de protection des données s'applique donc par exemple lorsqu'un exploitant de moteur de recherche crée une filiale dans un Etat membre, et que cette filiale vend et promeut l'espace publicitaire proposé par ce moteur et dont l'activité vise les habitants de cet Etat membre⁴⁴. En outre, plusieurs des entreprises majeures qui pratiquent le ciblage comportemental sont formellement établies en Europe, comme Facebook et Apple (en Irlande) et Microsoft et Netflix (au Luxembourg).

Deuxièmement, la législation européenne en matière de protection des données s'applique lorsque le responsable du traitement n'est pas établi dans l'Union européenne, mais recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens situés sur le territoire de l'Union européenne⁴⁵. De nombreuses entreprises non européennes utilisent des moyens, comme des centres de traitement des données, situés en Europe. Le Groupe de travail estime que la législation européenne en matière de protection des données s'applique à toute partie qui place ou accède à des cookies sur un équipement situé en Europe, parce que cette entreprise utilise alors un équipement (le terminal de l'utilisateur) situé en Europe⁴⁶. Cette interprétation n'a pas encore été vérifiée par un tribunal.

S'agissant de l'article 5(3) de la directive vie privée et communications électroniques, relatif à l'obligation de consentement pour l'utilisation de cookies et de technologies similaires, le champ

41) Groupe de travail Article 29, « Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne » (WP 171), 22 juin 2010.

42) Voir par exemple : De Hert P. and Gutwirth S., « Regulating profiling in a democratic constitutional state » in Hildebrandt M. and Gutwirth S. (éd.), *Profiling the European Citizen*, Springer, 2008 ; Leenes R., « Do they know me? Deconstructing identifiability » (2008) 4(1-2) *University of Ottawa Law and Technology Journal*, p. 135. Voir pour un autre point de vue : Zwenne G., « *Diluted Privacy Law* », Université de Leyde, 12 avril 2013, disponible sur : <http://zwenneblog.weblog.leidenuniv.nl/files/2013/09/G-J.-Zwenne-Diluted-Privacy-Law-inaugural-lecture-Leiden-12-April-2013-ENG.pdf>

43) Article 4 de la directive sur la protection des données.

44) CJUE, C-131/12, *Google Spain c. AEPD*, 13 mai 2014.

45) Article 4 de la directive sur la protection des données.

46) Groupe de travail Article 29, « Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche » (WP 148), 4 avril 2008, p. 9-13.

d'application territorial peut être différent. L'article 5(3) s'applique à « tous ceux » qui souhaitent accéder à l'information stockée dans l'équipement d'un utilisateur ou qui souhaitent stocker de l'information dans l'équipement d'un utilisateur (voir ci-dessous). Ceci suggère que l'article 5(3) pourrait aussi s'appliquer à des parties établies hors de l'Union européenne⁴⁷.

Le champ territorial de la législation en matière de protection des données a été analysé de manière extensive par ailleurs. Dans le cadre de cette contribution, il est suffisant de conclure que la législation en matière de protection des données s'applique souvent à des entreprises habituellement considérées comme non-européennes⁴⁸.

4. Base juridique pour le traitement des données personnelles

La directive sur la protection des données autorise le traitement des données personnelles seulement sur la base du consentement ou de l'une des cinq autres bases juridiques. Pour les communications commerciales, les bases les plus pertinentes sont : un contrat, la disposition relative à la nécessité de concilier les intérêts en jeu, et le consentement de la personne concernée⁴⁹.

Un responsable du traitement peut traiter des données personnelles lorsque ce traitement est nécessaire pour la réalisation d'un contrat conclu avec la personne concernée (article 7(b) de la directive sur la protection des données). Par exemple, certaines données doivent être traitées pour un paiement par carte de crédit ou l'abonnement à un journal. Cette obligation de nécessité établit un seuil plus élevé qu'une simple « utilité » ou « rentabilité » du traitement. Certaines entreprises de l'internet suggèrent que l'utilisateur passe un contrat avec eux dès lors qu'il utilise leurs services, et qu'il est nécessaire, pour la mise en œuvre de ce contrat, de tracer l'utilisateur pour un ciblage comportemental. Cette interprétation semble erronée. Selon le Groupe de travail, un responsable du traitement est tenu de s'appuyer sur la base juridique du contrat si leur traitement est réellement nécessaire à la fourniture du service⁵⁰. La position du Groupe de travail implique que généralement, les responsables du traitement ne peuvent pas se fonder sur cette base légale pour un ciblage comportemental.

L'analyse se complique dès lors qu'une entreprise utilise les mêmes données personnelles pour le ciblage comportemental et pour la fourniture de son service. Imaginons qu'une entreprise propose une application avec un service d'actualités personnalisés. L'application analyse les habitudes de consommation du sujet et recommande des vidéos sur la base des données de consommation passée des médias par le sujet. Le traitement de certaines données personnelles (les habitudes de consommation de la personne concernée, connectées à un identifiant unique) est nécessaire à la mise en œuvre du contrat, dans la mesure où les services d'actualités personnalisés ne peuvent être fournis qu'en analysant les données de la personne concernée. Ce traitement peut être fondé sur la base juridique du contrat, car le traitement est nécessaire à l'exécution du contrat. Mais, d'après le raisonnement du Groupe de travail, il n'est pas nécessaire, pour la fourniture du service d'actualités personnalisés, d'utiliser les mêmes données personnelles que pour la publicité ciblée. Ainsi, si le responsable du traitement (l'entreprise), souhaite utiliser les mêmes données pour cibler la personne concernée avec des publicités, celui-ci devra se fonder sur une base légale distincte pour le ciblage comportemental (habituellement, le consentement de la personne concernée⁵¹).

47) Voir par exemple : *Autoriteit Consument en Markt* (autorité néerlandaise pour la protection des consommateurs et des marchés), « Questions fréquemment posées à propos de la loi néerlandaise sur les cookies », 2014, disponible sur : www.acm.nl/en/download/publication/?id=11917

48) Sur la portée extraterritoriale de la législation en matière de protection des données, voir Moerel L., *Binding Corporate Rules : Corporate Self-regulation of Global Data Transfers (PhD thesis University of Tilburg)* (version universitaire, 2011), chapitres 1-4.

49) Les bases juridiques figurent à l'article 7 de la directive sur la protection des données.

50) Groupe de travail Article 29, « *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under article 7 of Directive 95/46/EC* » (WP 217) » 9 avril 2014, p. 17 (Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime du responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la Directive 95/46/CE » (WP 217), - version française non publiée à la date de la rédaction de cette contribution).

51) Groupe de travail Article 29, « *Avis 02/2013 sur les applications destinées aux dispositifs intelligents* » (WP 202) 27 février 2013, p. 13.

La disposition relative à la nécessité de concilier les intérêts en jeu (article 7(f) de la directive sur la protection des données) autorise le traitement des données lorsqu'il est nécessaire à la réalisation des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement, à la condition que les droits fondamentaux de la personne concernée ne prévalent pas face à ces intérêts. Lors de la mise en balance des intérêts du responsable du traitement et de la personne concernée, toutes les circonstances doivent être prises en compte, telles que le caractère sensible des données et les attentes raisonnables de la personne concernée. Cette disposition constitue la base juridique appropriée s'agissant de certaines pratiques habituelles peu problématiques des entreprises. Par exemple, une entreprise peut généralement s'appuyer sur cette disposition pour promouvoir auprès de clients actuels ou anciens ses produits directement par la poste. Si une entreprise peut s'appuyer sur cette disposition pour son marketing direct, la législation en matière de protection des données confère toutefois à la personne concernée le droit de faire cesser le traitement des données : le droit de s'opposer (*opt-out*)⁵². La directive sur la protection des données ne dit pas explicitement si le ciblage comportemental peut se fonder sur cette disposition. Mais il paraît probable que ce ne soit pas le cas, notamment lorsque le ciblage comportemental implique le recueil d'informations détaillées sur une personne ou le traçage d'une personne sur plusieurs sites web. Dans la plupart des cas, les intérêts de la personne concernée doivent prévaloir sur ceux du responsable du traitement, dans la mesure où le ciblage comportemental implique le recueil et le traitement de données à caractère privé, comme la consommation des médias ou l'utilisation du navigateur. En effet, le Groupe de travail estime que les responsables ne peuvent quasiment jamais se prévaloir de cette disposition pour traiter des données personnelles en vue d'un ciblage comportemental⁵³. Il est en revanche possible que le ciblage comportemental primaire, dans lequel le responsable du traitement promeut ses propres services, puisse dans certains cas se fonder sur cette disposition.

Si les responsables du traitement souhaitent traiter des données personnelles et ne peuvent se fonder ni sur la disposition relative à la nécessité de concilier les intérêts en jeu ni sur une autre base légale, ils doivent demander son consentement à la personne concernée (article 7(a) de la directive sur la protection des données). Avec ce consentement, la personne concernée peut autoriser le traitement de données qui serait autrement interdit. Le Groupe de travail affirme que la base juridique du consentement est généralement requise pour le traitement de données personnelles en vue d'un ciblage comportemental⁵⁴. Il ressort de la définition du consentement par la directive sur la protection des données que le consentement exige une manifestation de volonté, libre, spécifique et informée⁵⁵. La forme du consentement n'importe pas, mais un simple silence ou l'absence d'action ne peut constituer l'expression d'une volonté. C'est d'ailleurs également généralement admis en droit général des contrats.

Un certain nombre de grandes entreprises de ciblage comportemental donnent aux individus la possibilité de s'y opposer (*opt-out*) via un site centralisé : youronlinechoices.com. Cependant, les entreprises participantes se contentent de promettre de cesser d'afficher des publicités ciblées, ce qui veut dire qu'elles peuvent continuer à tracer les personnes qui ont exprimé leur opposition. En résumé, les sites internet offrent un équivalent d'une demande de « ne pas cibler » plutôt que de « ne pas recueillir ». Mais même si les entreprises cessaient de recueillir des données après l'opposition d'un individu, elles ne pourraient se fonder sur le système d'opposition du site web pour obtenir un consentement valide⁵⁶. Le consentement requiert la manifestation d'une volonté, ce qui implique généralement un mécanisme d'acceptation (*opt-in*).

En lien avec le principe de transparence, le consentement doit être spécifique et informé. Le consentement ne sera pas valide si la demande de consentement ne précise pas l'objectif précis du traitement et les autres informations nécessaires au traitement loyal. En plus, le consentement doit être « libre ». Dans la plupart des cas, la législation actuelle en matière de protection des données

52) Article 14 de la directive sur la protection des données.

53) Groupe de travail Article 29, « *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under article 7 of Directive 95/46/EC* » (WP 217) » 9 avril 2014, p. 45 (Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime du responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la Directive 95/46/CE » (WP 217), - version française non publiée à la date de la rédaction de cette contribution).

54) *Ibid.*

55) Article 2(h) de la directive sur la protection des données.

56) Voir Groupe de travail Article 29, « *Avis 16/2011 sur le code de bonnes pratiques de l'AEEP et de l'IAB en matière de publicité comportementale en ligne* » (WP 188) 8 décembre 2011.

autorise les responsables du traitement à proposer un choix « à prendre ou à laisser ». Ainsi, les éditeurs de sites sont en principe autorisés à installer des « murs de traçage », qui refusent l'accès aux visiteurs qui refuseraient d'être tracés en vue d'un ciblage comportemental⁵⁷. Mais un mur de traçage pourrait rendre le consentement involontaire lorsque des individus ont besoin d'utiliser un site web. Imaginons par exemple le cas où des individus sont obligés de déclarer leurs impôts en ligne. Si le site des impôts mettait en place un mur imposant un traçage par de tierces parties, alors le consentement des individus ne serait pas volontaire.

Selon l'autorité néerlandaise de protection des données, l'organisation nationale de radiodiffusion publique n'a pas le droit de mettre en place un tel mur car seul le site du radiodiffuseur permet d'accéder à certaines informations en ligne⁵⁸. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe affirme que les médias de service public doivent promouvoir les valeurs démocratiques et offrir un « accès universel⁵⁹ ». Dans de nombreux pays européens, les radiodiffuseurs publics reçoivent des fonds publics. Selon l'autorité néerlandaise de protection des données, l'obligation d'accès universel implique que le radiodiffuseur ne saurait faire à nouveau « payer » leurs visiteurs avec leurs données personnelles⁶⁰. Le Groupe de travail souligne que le consentement doit être libre, mais il ne dit pas que les murs de traçage sont systématiquement prohibés⁶¹. Le principe général de la liberté contractuelle, bien qu'il ne soit pas absolu, suggère que les organisations commerciales de médias sont probablement autorisées à offrir un choix « à prendre ou à laisser », limitant ainsi l'accès à leurs services aux seuls individus qui acceptent le ciblage comportemental.

5. La directive vie privée et communications électroniques et la question du consentement aux technologies de traçage

Depuis 2009, l'article 5(3) de la directive vie privée et communications électroniques exige que toute partie stockant ou accédant à des informations sur l'équipement terminal d'un utilisateur obtienne son consentement informé⁶². L'article 5(3) s'applique que les données personnelles soient ou non traitées, et concerne de nombreuses technologies de traçage, comme les cookies. Si une partie lit une information à propos des comportements de consommation d'un individu depuis une box pour la télévision numérique, l'article 5(3) s'applique sans doute aussi. Après tout, la partie accède alors à des informations à partir du terminal d'un utilisateur.

Il existe des exceptions à l'obligation de consentement prévu par l'article 5(3), par exemple lorsque les cookies sont strictement nécessaires à un service requis par l'utilisateur et pour les cookies nécessaires à la transmission de la communication. Ainsi, aucun consentement préalable n'est exigé pour les cookies qui sont utilisés pour un panier d'achats en ligne ou des procédures de connexions.

En principe, c'est à la partie qui opère le cookie d'obtenir le consentement. Mais le Groupe de travail affirme depuis le départ qu'un éditeur de site web qui permet à d'autres entreprises de placer des cookies sur son site partage la responsabilité de l'information de l'utilisateur et de l'obtention de son consentement⁶³. De la même manière, un fournisseur de télévision connectée partagerait

57) Voir Helberger N., « Freedom of Expression and the Dutch Cookie-Wall », Institut du droit de l'information, 2013, disponible sur : www.ivir.nl/publications/helberger/Paper_Freedom_of_expression.pdf

58) *College bescherming persoonsgegevens* (autorité néerlandaise de protection des données), « *Brief aan de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, over beantwoording Kamervragen i.v.m. cookiebeleid* » (Lettre au secrétaire d'Etat à l'Education, à la Culture et à la Science, sur les réponses aux questions parlementaires relatives à la politique en matière de cookies), 31 janvier 2013, disponible sur : www.cbppweb.nl/downloads_med/med_20130205-cookies-npo.pdf

59) Recommandation CM/Rec(2007)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la mission des médias de service public dans la société de l'information, 31 janvier 2007.

60) *College bescherming persoonsgegevens* (autorité néerlandaise de protection des données), « *Brief aan de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, over beantwoording Kamervragen i.v.m. cookiebeleid* » (Lettre au secrétaire d'Etat à l'Education, à la Culture et à la Science, sur les réponses aux questions parlementaires relatives à la politique en matière de cookies), 31 janvier 2013, disponible sur : www.cbppweb.nl/downloads_med/med_20130205-cookies-npo.pdf

61) Groupe de travail Article 29, « Document de travail n°02/2013 énonçant des lignes directrices sur le recueil du consentement pour le dépôt de cookies » (WP 208) 2 octobre 2013.

62) La notion d'utilisateur au sens de l'article 2(a) de la directive vie privée et communications électroniques ne correspond pas à la notion d'abonné au sens de l'article 2(k) de la directive cadre 2002/21). Nous laisserons cette difficulté de côté pour cette contribution.

63) Groupe de travail Article 29, « Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne » (WP 171), 22 juin 2010, p. 24.

cette responsabilité, s'il permettait à d'autres entreprises de placer des cookies sur la télévision de l'utilisateur⁶⁴.

Le considérant 66 de la directive droits des citoyens⁶⁵, qui a modifié la directive vie privée et communications électroniques, a suscité beaucoup de débats : « conformément aux dispositions pertinentes de [la directive sur la protection des données], l'accord de l'utilisateur en ce qui concerne le traitement peut être exprimé par l'utilisation des paramètres appropriés d'un navigateur ou d'une autre application ». De nombreux professionnels du marketing suggèrent que les personnes qui ne bloquent pas les cookies dans leur navigateur donnent ainsi leur consentement au ciblage comportemental. Par exemple, le Bureau de la publicité interactive (*Interactive Advertising Bureau* – IAB), une organisation de professionnels du marketing, affirme que « les paramètres par défaut d'un navigateur internet peuvent équivaloir à un consentement⁶⁶ ». Cela ne semble pas plausible. Comme le note le Groupe de travail, le simple fait qu'un individu n'ait pas touché aux paramètres par défaut de son navigateur ne saurait signifier qu'il a exprimé son souhait de faire l'objet d'un traçage.

En résumé, les parties sont tenues d'obtenir le consentement pour la plupart des technologies de traçage utilisées pour le ciblage comportemental. Les parties doivent donc généralement obtenir le consentement de la personne concernée pour le ciblage comportemental, quelle que soit la base juridique utilisée pour le traitement des données personnelles qui s'y rapporte. Ainsi, même si, dans de rares circonstances, l'entreprise pourrait s'appuyer sur la disposition relative à la nécessité de concilier les intérêts en jeu pour pratiquer le ciblage comportemental, elle aurait tout de même généralement besoin d'obtenir le consentement pour recourir aux technologies de traçage.

L'article 5(3) devait être transposé en droit national en 2011, mais de nombreux Etats membres ont laissé passer cette échéance. Ainsi, les instruments de mise en œuvre nationaux sont plutôt récents. Les approches varient d'un Etat membre à l'autre. Par exemple, les Pays-Bas, pour faire simple, exigent un consentement d'acceptation (*opt-in*) pour les cookies de traçage⁶⁷. En revanche, le Royaume-Uni semble autoriser les parties à s'appuyer sur un mécanisme d'opposition (*opt-out*) pour obtenir un consentement « induit⁶⁸ », bien que le Groupe de travail souligne que l'inaction de la personne concernée ne saurait équivaloir à un consentement⁶⁹.

IV. Propositions pour un règlement sur la protection des données

En janvier 2012, la Commission européenne a présenté sa proposition de règlement sur la protection des données, au terme d'une période de consultation de deux années⁷⁰. Bien qu'elle se fonde sur les mêmes principes que la directive, la proposition apporterait des changements significatifs. Par exemple, à la différence d'une directive, le règlement a un effet direct et une transposition dans le droit national des Etats membres n'est pas nécessaire, ce qui devrait aboutir à un régime plus harmonisé dans l'Union européenne. La proposition introduit de nouvelles obligations pour les responsables du traitement, comme l'obligation de mettre en œuvre des mesures pour garantir et démontrer la conformité. La

64) Voir *College bescherming persoonsgegevens* (autorité néerlandaise de protection des données), « *Onderzoek naar de verwerking van persoonsgegevens met of door een Philips smart TV door TP Vision Netherlands B.V.* Openbare versie Rapport definitieve bevindingen (enquête sur le traitement de données personnelles par TP Vision Netherlands BV via les téléviseurs connectés Philips. Version publique du rapport sur les conclusions finales (z2012-00605), juillet 2013, www.chpweb.nl/downloads_pb/pb_20130822-persoonsgegevens-smart-tv.pdf

65) Directive 2009/136/CE.

66) Bureau de la publicité interactive au Royaume-Uni, « Réponse à la consultation du département du Commerce, de l'Innovation et des Compétences sur la mise en œuvre de la directive cadre européenne sur les communications électroniques », 1^{er} décembre 2012, disponible sur : www.iabuk.net/sites/default/files/IABUKresponsetoBISconsultationonimplementingtherevisedEUElectronicCommunicationsFramework_7427_0.pdf

67) Voir Zuiderveen Borgesius F.J., « Ciblage comportemental : évolutions de la législation en Europe et aux Pays-Bas » (position en vue de l'atelier : « Do Not Track and Beyond »), 2012, disponible sur : www.w3.org/2012/dnt-ws/position-papers/24.pdf

68) Bureau du Commissaire à l'information, « Modifications des cookies sur notre site web », 31 janvier 2013, disponible sur : www.ico.org.uk/news/current_topics/changes-to-cookies-on-our-website

69) Groupe de travail Article 29, « Document de travail n°02/2013 énonçant des lignes directrices sur le recueil du consentement pour le dépôt de cookies » (WP 208), 2 octobre 2013.

70) Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) COM(2012)11 final, 2012/0011 (COD), 25 janvier 2012.

proposition vise aussi à rendre plus facile pour les utilisateurs d'effacer leurs données d'internet et à transférer leurs données personnelles d'un fournisseur de service à un autre. Enfin, elle réaffirme que le consentement exige une manifestation de volonté.

L'exécution et le droit de recours sont renforcés dans la proposition de la Commission européenne. Dans certaines circonstances, les autorités de protection des données peuvent imposer des amendes d'un montant maximum de 1 million EUR ou, pour une entreprise, d'un montant maximum de 2 % de son chiffre d'affaires mondial⁷¹. Le parlement européen a proposé que ce montant soit porté à 5 %⁷². Une autre disposition nouvelle est que les organisations visant à protéger les droits des personnes concernées puissent poursuivre en justice les responsables du traitement si les droits d'une personne concernée sont bafoués⁷³.

La proposition de 2012 pour un règlement sur la protection des données a relancé le débat sur la portée matérielle de la législation en matière de protection des données. Un lobbying intense a tenté de rendre la proposition moins lourde pour les entreprises. Nombre d'entre elles affirment que les données pseudonymes, tels que les profils de ciblage comportemental anonymes, devraient rester en dehors du champ de la législation en matière de protection des données ou être soumis à un régime plus léger. En mars 2014, le Parlement européen a adopté un texte de compromis, que la Commission LIBE du Parlement a préparé sur la base de 3 999 amendements déposés par les députés. Le compromis de la Commission LIBE introduit une nouvelle catégorie de données personnelles, les données pseudonymes, pour lesquelles les règles sont moins strictes. Dans certaines conditions, le compromis permet aux responsables du traitement de se livrer au ciblage comportemental sur la base de données pseudonymes dans le consentement de la personne⁷⁴.

Au moment où nous écrivons, la proposition est toujours en cours de discussion à Bruxelles. Il est difficile de savoir si la proposition sera adoptée, mais il semble peu réaliste qu'elle le soit en 2014.

V. Conclusion

Les nouvelles formes de communications commerciales telles que le ciblage comportemental impliquent le suivi du comportement des individus en ligne et l'utilisation des informations recueillies pour leur présenter des publicités individuellement ciblées.

La directive vie privée et communications électroniques impose aux parties d'obtenir le consentement pour l'utilisation de la plupart des technologies de traçage, comme les cookies. En outre, les autorités européennes de protection des données affirment que la législation s'applique à la plupart des techniques de ciblage comportemental. Le fait que la législation en matière de protection des données s'applique ne signifie pas que leur traitement est interdit. Cela signifie que les parties qui se livrent au ciblage comportemental doivent respecter cette législation. Les données personnelles doivent être traitées de manière loyale et licite. Plus le recours au ciblage et à la personnalisation se développe dans le secteur des médias audiovisuels, plus la législation en matière de protection des données y prend de l'importance.

71) Article 79 de la proposition de la Commission européenne pour un règlement sur la protection des données (2012).

72) Article 79 (2a)(c) de la proposition de règlement sur la protection des données, version non officielle consolidée fournie par le Rapporteur après le vote en Commission LIBE, 22 octobre 2013, disponible sur : www.janalbrecht.eu/fileadmin/material/Dokumente/DPR-Regulation-inofficial-consolidated-LIBE.pdf

73) Article 76(1) de la proposition de la Commission européenne pour un règlement sur la protection des données (2012).

74) Voir article 2(a), article 6(f), et considérants 38 et 58a du compromis du Comité LIBE, proposition de règlement sur la protection des données (2013).

Vers un nouveau cadre général de la convergence : un nouveau contenu dans un nouveau contenant

Cornelia Kutterer¹

EMEA, Microsoft

I. Introduction

Aujourd'hui, plus de quatre décennies après l'apparition des premières unités centrales et plus de deux décennies après l'expansion initiale des ordinateurs personnels, les technologies de l'information et des communications ont été submergées par des vagues d'innovations de plus en plus rapides, qui ont eu des répercussions sur tous les secteurs de l'économie et sur la société dans son ensemble. Il y a encore dix ans, des entreprises telles que Facebook et Twitter n'existaient pas. Le smartphone, qui fait désormais partie intégrante de notre vie quotidienne n'a pas encore fêté ses dix ans et de nouvelles innovations qui vont de l'informatique dématérialisée (*cloud computing*) aux techniques du « *big data* », font leur apparition à une vitesse encore plus grande.

Cette accélération de la révolution numérique se répand désormais à de nouveaux secteurs et industries et les transforme de manière inexorable : la presse écrite, la musique, la télévision, l'informatique, les communications, la production industrielle et le commerce lui-même. Des vidéos de grande qualité sont désormais diffusées depuis internet vers un téléviseur et d'autres grands fournisseurs de ces technologies se lancent dans la production de contenus et supplantent les grands studios traditionnels ; les techniques et algorithmes utilisés par la publicité numérique permettent de plus en plus souvent de « recouvrir », au sein des contenus diffusés, les anciennes publicités par de nouvelles ; les dispositifs intelligents (*smart devices*) intègrent et offrent des services homogènes dans un « internet des objets » ; les nouveaux moyens de communication en ligne et mobiles ont tous quasiment remplacé le téléphone et le message texte (SMS).

Cette innovation offre d'énormes opportunités et avantages aux consommateurs et aux entreprises en Europe et au-delà². La numérisation pose cependant de nouveaux défis aux instances de régulation qui cherchent à trouver un juste équilibre entre l'innovation, la croissance et les autres objectifs importants en matière de culture et de société. L'évolution des technologies numériques a radicalement transformé la fourniture et l'accessibilité des services de communications électroniques. Les réseaux à haut débit, la voix, les données et les contenus peuvent à présent être proposés sur une seule et même plateforme par la même société. Cette situation favorise non seulement la concurrence entre les acteurs qui appartenaient autrefois à des marchés différents, mais stimule également l'apparition d'une

1) LL.M. Directrice du département droit des TI et télécoms et politiques numériques pour la zone Europe, Moyen-Orient et Afrique, Microsoft.

2) Selon une estimation, la numérisation a augmenté la production économique mondiale de près de 150 milliards EUR et a créé six millions d'emplois en 2011. Voir « *How To Reap The Economic Rewards Of Digitization* » (« Comment récolter les bénéfices économiques de la numérisation »), *Forbes*, 19 juillet 2013, disponible sur : www.forbes.com/sites/boozandcompany/2013/07/19/how-to-reap-the-economic-rewards-of-digitization/

incroyable diversité de nouveaux services et applications qui n'étaient autrefois pas envisageables. Le dynamisme et la fluidité de ces marchés imposent aux instances de régulation d'être constamment au fait de ces évolutions et de s'attaquer (ou de s'abstenir de le faire) à des problèmes autrefois gérés par les secteurs séparés et distincts de la radiodiffusion, des télécommunications et des technologies de l'information.

Dans ce contexte de convergence, il nous faut déterminer si les cadres réglementaires applicables aux télécommunications et à d'autres secteurs ont une incidence sur la convergence, comme c'est le cas pour les médias audiovisuels, et s'il convient de les réviser et de les étendre. Il est désormais temps d'examiner si nos cadres réglementaires et nos orientations politiques sont adaptés au secteur des télécommunications, du commerce et des médias audiovisuels et comment tirer le maximum de bénéfices socioéconomiques de cette rapide évolution structurelle et du dynamisme de cette convergence. Quels sont les objectifs essentiels de politique publique et de sécurité en matière de secteurs « convergés » au XXI^e siècle ? Comment amplifier les initiatives politiques et législatives pour atteindre ces objectifs et optimiser ainsi l'impact bénéfique pour l'Europe, son économie et ses citoyens ?

Cet article abordera ces questions fondamentales et suggérera la manière dont il serait souhaitable d'adapter ce cadre législatif et général à l'ère de la convergence.

II. Quel devrait être la forme du futur cadre général ?

Selon la conclusion retenue dans le présent article, le futur cadre général de la convergence devrait poursuivre les six objectifs suivants, que nous examinerons l'un après l'autre :

- Etablir une nette distinction entre les « réseaux » et les « services » et mettre les objectifs réglementaires en adéquation avec le secteur concerné;
- Éviter l'extension automatique ou inappropriée de la réglementation en vigueur à de nouveaux contextes;
- Créer un climat favorable à l'investissement à la fois dans l'infrastructure du réseau et dans les services et encourager le déploiement de solutions de réseaux innovantes à moindre coût;
- Veiller à ce que les instances de régulation et les processus réglementaires soient en mesure de suivre le rythme soutenu de l'évolution des technologies et du secteur;
- Poursuivre la recherche de solutions ciblées dans les zones dépourvues d'infrastructures en raison d'une défaillance du marché;
- Repenser et redéfinir les objectifs de politique publique pour les services qui présentent une importance pour la société.

1. Etablir une nette distinction entre les « réseaux » et les « services » et mettre les objectifs réglementaires en adéquation avec le secteur concerné

Les télécommunications et les contenus audiovisuels étaient habituellement fournis par des organismes verticalement intégrés, souvent détenus par l'Etat, qui mettaient en place un réseau dont ils étaient propriétaires et offraient un service à l'utilisateur final, qu'il s'agisse de radiodiffusion télévisuelle ou de téléphonie.

La réglementation applicable aux télécommunications et à la radiodiffusion a évolué au fil des décennies, alors que le service lui-même est resté plus ou moins stable. Par exemple, la téléphonie fixe est aujourd'hui à peine différente de celle d'il y a cinquante ans, la téléphonie mobile offre en effet le nomadisme mais bien peu d'autres choses, la télévision s'est quant à elle limitée à l'ajout de la couleur et à proposer quelques chaînes supplémentaires, tout particulièrement grâce aux progrès technologiques réalisés dans les domaines du câble et du satellite.

En conséquence, les attentes des consommateurs par rapport à ces services classiques sont également relativement statiques, comme la possibilité d'appeler les services d'urgence ou les renseignements téléphoniques, la portabilité d'un numéro, le choix entre un certain nombre de chaînes de télévision (et du moins pour les télécommunications) le matériel fourni par l'opérateur grâce à un modèle commercial d'intégration verticale.

Dans ce scénario, il existe au sein de chaque Etat membre quelques grands acteurs du secteur, généralement verticalement intégrés, qui exercent un contrôle considérable aussi bien sur la chaîne de valeur que sur l'utilisateur final. Ainsi, comme la concurrence se limite entre eux, les sociétés de télécommunications traditionnelles et les radiodiffuseurs sont fortement réglementés et leurs activités intégralement soumises au contrôle d'instances de régulation telles que l'Ofcom au Royaume-Uni ou l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes) et le CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel) en France. Dans de nombreux pays, les opérateurs de télécommunications et les radiodiffuseurs conservent les traces de la réglementation qui était en vigueur lorsqu'ils étaient, autrefois, des entreprises publiques ou du moins des radiodiffuseurs de service public exerçant une mission spécifique de service public.

L'environnement IP (Protocole internet) est différent. Le modèle commercial vertical a été remplacé par un modèle horizontal, dans lequel les acteurs sont en concurrence pour les infrastructures, l'accès et les services, et parfois davantage.

La concurrence particulièrement rude entre la multitude d'applications et de services et le peu d'obstacles à l'entrée sur le marché se traduisent par l'émergence régulière de nouveaux services. L'avènement de nouvelles technologies et innovations a entraîné des avantages évidents et importants aussi bien pour (a) le consommateur en termes de prix et de choix, que pour (b) le marché, dont il a accru le caractère concurrentiel et mondialisé.

Les rôles et les intérêts commerciaux des entreprises de télécommunications, des radiodiffuseurs et des fournisseurs de contenu et d'applications en ligne convergent rapidement. De plus en plus aujourd'hui, divers services sont fournis de manière numérique sous la forme de données transportées par le réseau IP. En outre, comme l'Union internationale des télécommunications l'a déclaré :

Les services OTT sont rendus possibles par la déstratification du secteur. Le protocole internet IP, qui distingue le transport et le contenu, a ainsi permis aux fournisseurs de contenus et d'applications « over-the-top » de traiter directement avec les utilisateurs finals sur les réseaux dont les propriétaires et les opérateurs sont exclus de ce type de transactions³.

La téléphonie et la radiodiffusion télévisuelle évoluent de leur modèle traditionnel d'intégration verticale de transmission analogique (pour la télévision) et de « réseau public téléphonique commuté » (RTC) à la fourniture IP. Il s'agit d'une transition vers un « environnement IP » dont la structure est davantage horizontale que verticale et dont la strate ou la fourniture de « réseaux » (ceux qui véhiculent les données) est clairement distincte de la fourniture de services aux utilisateurs finals. Au lieu des fournisseurs d'intégration verticale qui produisent et fournissent l'ensemble des contenus et services en ligne, de nombreux fournisseurs d'applications et de services existent en dehors du réseau de transmission du fournisseur. Du fait de la convergence, les fournisseurs de communications électroniques, de services d'information et de services de médias audiovisuels s'appuient tous sur des transmissions de réseau qui utilisent les réseaux IP ; les services de télécommunications (voix, SMS), ainsi que tous les types de services de médias audiovisuels et de la société de l'information deviendront ainsi bientôt dépendants des réseaux IP. Cependant, les fournisseurs de réseaux qui fournissent l'infrastructure physique pour la livraison IP et les fournisseurs d'applications ou de services, qui utilisent ces réseaux, sont restés distincts et chacun d'eux devrait être réglementé en conséquence.

A titre d'exemple, l'une des raisons d'établir une distinction entre la réglementation applicable aux fournisseurs de réseaux et celle applicable aux fournisseurs d'applications ou de services est de protéger l'utilisation par le consommateur des deuxième et troisième écrans, qui reçoivent leur contenu grâce au WiFi et aux services 3G/4G. Il est par conséquent important de s'assurer de la disponibilité du spectre pour permettre l'utilisation de ces deuxième et troisième écrans. Cependant, les vidéo distributeurs en ligne (« over the top » – OTT) n'utilisent pas le spectre radioélectrique public ou étatique comme le font les radiodiffuseurs classiques par voie hertzienne ou les fournisseurs par satellite, et n'utilisent pas davantage les droits publics de passage comme le font les câblo-opérateurs.

3) La boîte à outils de la réglementation des TIC (produite conjointement par infoDev et l'Union internationale des télécommunications – UIT) est disponible sur : www.ictregulationtoolkit.org

Bien que certains de ces cas de figure puissent susciter des préoccupations réglementaires, la fluidité du marché des contenus et des applications offre en règle générale d'indéniables avantages à l'utilisateur final, tels que de faibles coûts de commutation entre les applications et la possibilité d'utiliser simultanément des applications concurrentes.

Pour ce qui est de ces services, la directive sur le commerce électronique⁴, et plus généralement les droits des consommateurs, ainsi que le droit de la protection des données et de la concurrence, assurent déjà la protection des utilisateurs de services en ligne et du marché.

Le fait que des données de tout type, sur lesquelles nos économies et nos sociétés reposent à ce point, soient transportées de la façon la plus efficace, la plus fiable et la plus abordable qui soit pour les usagers est essentiel à l'ère d'internet. La réglementation applicable aux télécommunications doit prévoir le cadre réglementaire spécifique aux réseaux, plutôt que de se focaliser sur la partie « applications » de la chaîne de valeur, pour laquelle les instances de régulation sont en mesure de faire appel à des régimes transversaux de concurrence ex post et de protection des données et des consommateurs.

Dans ce contexte de convergence, la réglementation des télécommunications devra notamment garantir :

- une dynamique concurrentielle suffisante entre les réseaux afin d'inciter à des investissements et à des innovations constants en matière de transport et de connectivité des données à travers l'Europe et au-delà ;
- des réseaux sécurisés et de grande qualité, qui puissent transporter efficacement les données ; et
- le libre accès des utilisateurs finals (particuliers ou entreprises) à l'ensemble des ressources offertes par internet.

En résumé, le cadre général de la convergence devrait prévoir la séparation des réseaux et des applications dans un cadre réglementaire gradué et établir une distinction nette entre la réglementation des réseaux et les réglementations horizontales (concurrence ex post et protection des consommateurs) ou spécifiques auxquelles sont soumis les applications et les services en ligne.

2. Eviter l'extension automatique ou inappropriée de la réglementation en vigueur à de nouveaux contextes

Parallèlement à la nécessité d'établir une distinction entre la réglementation applicable aux réseaux et celle applicable aux services, les instances de régulation et les décideurs politiques devraient éviter de se contenter d'étendre la réglementation en vigueur aux nouveaux contextes et technologies, qui étaient totalement inconnus lors de l'introduction de cette réglementation. A titre d'exemple, le présent article examinera en détail l'évolution des services de médias audiovisuels en Europe.

2.1. Services de médias audiovisuels (SMAV)

Il importe d'avoir conscience que nous ne sommes encore qu'aux prémices du développement des plateformes et télévisions connectées. Bien qu'elles soient impressionnantes, ces plateformes ne peuvent se substituer aux offres vidéo classiques, mais peuvent en revanche parfaitement compléter les services de la radiodiffusion traditionnelle, du câble et du satellite. Le cadre législatif actuellement en vigueur a facilité et a encouragé ce changement. Le rythme soutenu auquel les nouvelles technologies sont mises en place et les services innovants font leur apparition ne montre aucun signe de ralentissement. Dans la mesure où la convergence tend à s'amplifier et que les habitudes de consommation des utilisateurs continuent à évoluer, il importe de ne pas étendre la réglementation à ces marchés en plein développement, sauf si cette nécessité est clairement déterminée et que les nouvelles réglementations sont adaptées afin de répondre à un problème spécifiquement identifié, tout en minimisant leur impact négatif.

4) 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 ») [2000] JO L178/1.

La question de la vidéo en ligne devrait en fait davantage être abordée en faisant table rase du passé que sous l'angle des cadres réglementaires existants. Les dispositions applicables à la radiodiffusion ont été élaborées autour des structures du secteur et des services dans les années 1980 et 1990, voire parfois encore plus tôt. Bien que certaines de ces dispositions puissent rester pertinentes pour les services télévisuels traditionnels unidirectionnels qui utilisent un spectre à valeur commerciale, la consommation de médias consiste aujourd'hui de plus en plus en une utilisation qui coexiste avec les services à la demande et qui est possible sur une variété croissante de dispositifs à usage individuel, familial ou collectif. Du fait notamment de leur nature novatrice et souvent internationale, et du niveau de contrôle et d'interaction qu'ils offrent aux utilisateurs, les services en ligne méritent une nouvelle approche. Étendre cet héritage réglementaire serait, d'une part, inadapté à la plupart des nouveaux services qui ont été rendus possibles par la convergence et, d'autre part, difficile à appliquer d'un point de vue pratique, économique et politique, compte tenu de la globalisation des réseaux IP.

De nombreuses réglementations traditionnelles, adoptées il y a plusieurs décennies, reposaient sur un secteur des télécommunications centré sur un ancien monopole d'État et les services téléphoniques de base qu'il offrait, ainsi que sur un service de radiodiffusion télévisuelle classique dans le secteur des médias audiovisuels. Ce cadre visait notamment à répondre à la pénurie de fréquences et aux nombreux obstacles à l'entrée sur ce marché, qui ne comptait par conséquent qu'un choix limité de fournisseurs de services. Ces dispositions sont désormais pour l'essentiel obsolètes. Qui plus est, la réglementation n'anticipe pas les situations à venir, mais se contente de réagir aux situations qui existent déjà, avec une lenteur et un manque de souplesse qui contrastent avec le rythme soutenu des évolutions technologiques.

Les consommateurs ne comptent plus sur les fournisseurs verticalement intégrés de téléphonie et de messages texte, qui fournissent également le réseau de télécommunications sur lequel ces services fonctionnent. La grande variété d'outils de communications en ligne disponibles aujourd'hui s'étend de la messagerie instantanée aux tweets et messages postés sur les réseaux sociaux. Comme c'est le cas pour les contenus audiovisuels, les consommateurs en ligne bénéficient d'une multitude de fournisseurs, d'applications et de services, qui sont mis à leur disposition par l'intermédiaire d'un certain nombre de dispositifs compatibles IP, tels que les téléviseurs connectés, les consoles de jeux, les smartphones et les tablettes.

Sur un plan général, les marchés des TIC les plus compétitifs sont ceux qui permettent l'innovation, la concurrence et le choix des consommateurs. Les marchés les moins compétitifs sont ceux qui entravent ces possibilités et qui cherchent à adapter au monde moderne l'ancienne réglementation.

Un marché concurrentiel des TIC et l'apparition des plateformes de contenus en ligne ont permis d'atteindre des niveaux de création inégalés, parmi lesquels figurent une quantité considérable de contenus créés par les utilisateurs grâce à internet, dont l'éventail s'étend des films et de la musique jusqu'aux blogs. Mais ce sont surtout les plateformes en ligne qui proposent des dispositifs et des interfaces conviviaux qui facilitent et encouragent la consommation de médias et offrent ainsi de nouvelles opportunités de monétisation de contenu. Cela vaut également pour les fonctionnalités interactives, proposées sur les plateformes de médias connectés, qui peuvent donner lieu à une monétisation, par exemple dans les jeux en ligne ou les compléments de contenus mis à disposition dans le cadre d'un abonnement premium ou en complément d'un programme télévisuel.

Un nombre croissant d'exemples de plateformes en ligne, comme Xbox ou Netflix, ont étendu leurs activités à la production de contenu, diversifiant ainsi les contenus mais également les sources de financement de ces derniers. La première production propre de Netflix a été partiellement filmée en Norvège. Xbox dispose de studios locaux au Royaume-Uni et commande des contenus et des événements locaux.

2.2. La Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV)⁵

L'approche progressive de la réglementation adoptée dans la Directive SMAV qui, grâce à un régime plus faiblement réglementé, permet la croissance et l'innovation d'offres non linéaires en ligne, a été

5) Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (Directive Services de médias audiovisuels) [2010] JO L95/1.

un facteur déterminant pour ces évolutions positives. Cette approche repose en grande partie sur le fait que les consommateurs disposent à présent de bien plus de choix et de contrôle dans un environnement en ligne non linéaire qu'avec les offres linéaires classiques.

Le succès général de la Directive SMAV tient en grande partie à la politique stratégique et à l'approche graduelle de la réglementation sur lesquelles elle se fonde. Selon cette approche, « [P]our soutenir le développement de nouvelles opportunités commerciales sans risquer de mettre en péril d'importants intérêts publics comme la protection des mineurs et de la dignité humaine, les dispositions applicables aux services de médias audiovisuels doivent être aussi concises que nécessaire et aussi souples que possible ». Outre son approche graduelle de la réglementation, la directive y parvient en assurant la promotion de mesures d'autorégulation et de corégulation par les Etats membres, tout en évitant de mettre en place de nouveaux systèmes d'octroi de licences. Les législateurs nationaux peuvent donc choisir des dispositions réglementaires plus souples lorsqu'ils bénéficient du soutien de parties prenantes, harmoniser leur droit national et promettre l'application effective de ces dispositions. La directive étend ainsi les normes pertinentes aux services à la demande avec un minimum de procédures administratives supplémentaires⁶. Cette approche qui s'est avérée payante à l'époque reste parfaitement d'actualité.

En ce qui concerne les préoccupations suscitées par l'interopérabilité transfrontalière de la télévision connectée, ce n'est pas tant son interopérabilité potentielle au-delà des frontières des Etats membres qui entraîne une forme de fragmentation plus étouffante pour le consommateur, que l'existence d'une réglementation et d'exigences propres à chaque Etat. Par conséquent, la meilleure solution en matière d'interopérabilité serait que les instances de normalisation gèrent les véritables besoins au cas par cas, au lieu d'adopter une approche réglementaire contraignante et dénuée de souplesse. Les professionnels du secteur ont démontré la validité de ce paradigme qui vise à favoriser des normes adoptées de manière volontaire et dictées par le marché, dans la mesure où nous nous dirigeons vers un monde audiovisuel convergent. Les catalyseurs de ces normes élémentaires sont actuellement en place. Il faudra continuellement améliorer et actualiser ces normes, encourager encore leur harmonisation dans l'Union européenne et permettre au fil du temps l'apparition de services améliorés et plus étoffés. La normalisation volontaire dictée par le marché offrira sans doute le meilleur moyen de continuer à répondre au mieux aux besoins de cette évolution.

Toute intervention réglementaire excessive visant à imposer une ou plusieurs normes techniques doit être évitée dès lors qu'elle ne bénéficie pas du soutien de l'ensemble des professionnels du secteur. Toute tentative d'imposer une « solution universelle » présente des risques de distorsion de la concurrence et d'étouffement de l'innovation et de la création qui restent indispensables à une croissance durable des médias en Europe. Les véritables questions techniques en matière d'interopérabilité peuvent, par exemple, déjà être traitées par le *Forum for Advanced Media in Europe (FAME)*, qui offre une plateforme sur laquelle un grand nombre de parties prenantes peuvent débattre et chercher à répondre à ces questions⁷.

Cet exemple des services de médias audiovisuels nous montre que les innovations en matière de médias en ligne et de communications reposent aujourd'hui pour l'essentiel sur la réponse apportée par les professionnels du secteur aux attentes des consommateurs. C'est en effet grâce aux décisions prises par les instances de régulation européennes et d'autres régions de s'abstenir en grande partie de réglementer ces nouveaux services que le secteur a été en mesure d'apporter des produits dignes d'intérêt aux consommateurs d'une façon nouvelle et inventive. Un grand nombre de réglementations classiques, adoptées il y a plusieurs décennies, visaient notamment à remédier à la pénurie de fréquences et aux nombreux obstacles à l'entrée sur ce marché, qui ne comptait par conséquent qu'un choix limité de fournisseurs de services et de contenu. Les réglementations dont l'objectif était d'apporter une solution au nombre réduit de plateformes de radiodiffusion du marché de masse ne sont pas aussi pertinentes dans un environnement en ligne où les consommateurs peuvent rechercher une multitude de contenus depuis de nombreuses sources différentes.

6) Commission européenne, « *TV, online, on-demand – Modern Rules for Audiovisual Europe* » (« TV, en ligne, à la demande – Règles modernes applicables à l'audiovisuel en Europe »), Fiche d'information générale n° 68, octobre 2008, disponible sur : ec.europa.eu/archives/information_society/avpolicy/docs/reg/avmsd/fact_sheet_en.pdf

7) De plus amples informations sur le *Forum for Advanced Media in Europe (FAME)* sont disponibles sur : www.difgroup.eu/uploads/DocsAndMediaManager/documents/FAMETORs.pdf

3. Créer un climat favorable à l'investissement à la fois dans l'infrastructure du réseau et dans les services et encourager le déploiement de solutions de réseaux innovantes à moindre coût

Bien qu'ils ne soient pas encore arrivés à leur maturité complète, un certain nombre de marchés en ligne, et notamment celui des services de vidéo en ligne, sont en plein essor, puisque jusqu'à présent les instances de régulation ont en grande partie laissé le marché répondre aux attentes des consommateurs, tout en fixant un cadre général équitable et adapté au marché pour l'ensemble des acteurs concernés. La rapide évolution du paysage technologique que l'on constate aujourd'hui témoigne du caractère durable de l'innovation et de l'investissement, qui sont parvenus en une décennie à offrir au consommateur un choix d'une étendue inégalée. Ce choix s'est accompagné d'une incroyable expansion des modes et du niveau de consommation des contenus par les utilisateurs, ainsi que d'une accessibilité des actualités et informations, aussi bien locales qu'internationales, qui est adaptée aux intérêts et aux besoins de l'utilisateur à un point qui était impossible avant l'adoption généralisée d'internet.

Il importe de ne pas oublier que les smartphones ont fait leur apparition auprès des consommateurs il y a tout juste huit ans, et les tablettes et téléviseurs connectés depuis trois ans à peine. La vitesse à laquelle les produits innovants arrivent sur le marché s'est ainsi accélérée grâce aux investissements financiers soutenus qui visaient à répondre aux attentes des consommateurs. Cela tient en partie à la forte concurrence dans le domaine de la fourniture de contenus en ligne en général, avec la plupart du temps de faibles contraintes, des coûts de commutation réduits et des possibilités de multi hébergement, c'est-à-dire la capacité à utiliser simultanément différentes plateformes et services. Ces facteurs favorisent l'innovation, l'investissement et le choix accru proposé aux consommateurs. Les changements intervenus tendent à démontrer que le cadre actuellement en vigueur est en mesure d'offrir de considérables avantages.

Une parfaite connectivité à internet, qui est l'un des facteurs déterminants de la réussite du secteur des TIC, est également particulièrement importante pour les consommateurs. Les décideurs politiques, aussi bien à l'échelon national qu'à l'échelon de l'Union européenne, devraient veiller à prévoir des mesures incitatives suffisantes pour les investissements de modernisation du réseau, afin de garantir que l'évolution et l'amélioration de la connectivité soient parallèles à celles des dispositifs et des services. L'utilisation la plus étendue et la plus efficace qui soit des offres proposées par les médias en ligne impose de déployer l'accès au haut débit dans l'ensemble du territoire de l'Union européenne. En d'autres termes, la condition préalable au dynamisme du marché des contenus en ligne repose sur la généralisation de l'internet à haut débit. La connectivité sans restrictions qu'offre internet est essentielle pour bénéficier des avantages du haut débit ; le haut débit sans accès à internet ne répondrait pas aux attentes des consommateurs et porterait ainsi préjudice au développement du haut débit et d'investissements supplémentaires.

Les ambitieux objectifs en matière de haut débit énoncés par l'Agenda numérique de l'Union européenne⁸ restent en effet d'actualité. En l'absence d'un financement public des réseaux, cet investissement devrait être essentiellement réalisé par un secteur privé qui ait confiance en un environnement économique et réglementaire stable et soit incité à y investir. Un cadre applicable aux télécommunications qui soit spécifique à l'ère du numérique et exempt de toute contrainte réglementaire excessive doit être prévu. Il faut cependant qu'il soit suffisamment solide pour favoriser l'existence d'un marché dynamique, compétitif et innovant, notamment en offrant des garanties de libre accès aux opérateurs et aux particuliers, qui permettront une concurrence véritable et dynamique dans le secteur des télécommunications. Cette condition est indispensable pour que les acteurs du marché soient suffisamment incités à investir et à proposer le très haut débit dans l'Europe entière.

Les instances de régulation et des décideurs politiques pourraient également encourager l'innovation dans le secteur des TIC en autorisant et en incitant les entreprises à tirer parti des technologies existantes, par exemple en envisageant la séparation structurelle de toutes les sociétés de télécommunication propriétaires des infrastructures de lignes fixes, en chargeant les réseaux mobiles de fournir aux opérateurs de réseaux mobiles virtuels (*Mobile Virtual Network Operators* – MVNO) un accès de gros

8) Pour de plus amples renseignements, voir la page web de la Commission européenne qui lui est consacrée, disponible sur : <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/broadband-0>

aux données, ce qui permettrait l'utilisation sans fil et sans licence des zones blanches de la télévision et encouragerait de manière générale un accès efficace et dynamique au spectre radioélectrique (sa description plus détaillée figure plus loin dans le présent article).

4. Veiller à ce que les instances de régulation et les processus réglementaires soient en mesure de suivre le rythme soutenu de l'évolution des technologies et du secteur.

Comme la pénétration de l'internet à haut débit continue à s'étendre, de plus en plus de personnes pourront accéder à internet partout et à tout moment. Les utilisateurs ont pris l'habitude d'y accéder pour simplifier la satisfaction de leurs attentes et de leurs besoins essentiels et quotidiens. Internet, et notamment les applications qui reposent sur le protocole de voix sur IP (*Voice over Internet Protocol* – VoIP), a véritablement révolutionné le mode d'interaction entre les particuliers et les entreprises.

Internet est devenu un moteur de l'innovation, de la croissance et des gains de productivité. Les applications et services créés et distribués par les utilisateurs sont jugés essentiels au développement de l'économie du haut débit, car ils accroissent la fonctionnalité et la puissance de l'informatique en réseau, et notamment d'internet.

Internet s'est affirmé comme un moteur de la promotion de la diversité culturelle et linguistique et du partage des informations et des connaissances. Il a offert à toutes les composantes de la société une plateforme qui leur permet d'exprimer leur point de vue, de partager leurs idées, leurs opinions et leurs contenus créatifs, tout en découvrant plus largement le point de vue et la culture des autres. Les contenus commerciaux et non-commerciaux, ainsi que les contenus propres à chaque utilisateur, sont devenus accessibles à tous sur un même pied d'égalité et peuvent être ajoutés par n'importe qui.

Cette évolution profonde oblige les instances de régulation à ajuster leur rôle et leurs compétences. La réglementation doit être adaptée à l'ère du numérique et les autorités de régulation doivent chercher à soutenir le développement socio-économique dans son ensemble, sans se limiter à celui d'un secteur particulier. Il revient aux instances de régulation et aux décideurs politiques de privilégier avant tout l'innovation et l'utilisateur final, de manière à ce que l'ensemble de la chaîne de valeur des TIC et l'économie au sens large en profitent.

Dans ce contexte, les processus réglementaires devraient être dictés par l'évolution du secteur des TIC. En ce qui concerne les droits de résiliation des télécommunications mobiles, les autorités de régulation pourraient par exemple recourir, à la place de la réglementation tarifaire, à des instruments de type arbitrage pour le règlement des litiges d'interconnexion comme mode de régulation pérenne. La distinction entre télécommunications fixes et télécommunications mobiles et l'accroissement des technologies VoIP rendent les régimes de tarification de l'interconnexion et la réglementation tarifaire de plus en plus obsolètes.

Certains domaines techniques, tels que l'attribution des fréquences, pourraient être déterminés par l'application de techniques de type accès dynamique au spectre (*Dynamic Spectrum Access* – DSA)⁹, plutôt que par les autorités de régulation. En tirant parti de l'augmentation de la puissance de traitement et de la technologie des bases de données de géolocalisation, ces techniques permettent de savoir quelles sont les fréquences non utilisées et de les attribuer à des services en quelques millisecondes. Le processus actuel d'attribution du spectre prend comparativement beaucoup plus de temps.

Lorsque l'on réfléchit à l'action à mener pour la convergence, d'une part, des services classiques et, d'autre part, des nouveaux modèles commerciaux en ligne, la direction à suivre devrait être dictée par le marché des contenus en ligne et non par la réglementation.

9) L'accès dynamique au spectre (DSA) est « un terme général qui décrit un ensemble de technologies et de techniques permettant aux dispositifs de communications radiophoniques de transmettre de manière opportuniste sur les fréquences disponibles du spectre radioélectrique ». Voir les FAQ (questions fréquemment posées) sur le spectre dynamique et les zones blanches de la télévision, sur le site web des études de Microsoft, disponibles sur : <http://research.microsoft.com/en-us/projects/spectrum/faq.aspx>

Pour s'assurer que le cadre réglementaire reste adapté, les instances de régulation devraient procéder à un examen constant de la réglementation en vigueur pour déterminer si elle reste indispensable à la réalisation des objectifs fondamentaux de politique publique. Ce faisant, les instances de régulation et les décideurs politiques faciliteraient l'établissement de conditions réglementaires équitables au profit à la fois des radiodiffuseurs traditionnels et des nouveaux services de contenu en ligne. La réglementation devrait à l'avenir en effet consacrer des principes fondamentaux qui pourront résister à l'épreuve du temps, au lieu de se limiter à des dispositions de « micro-gestion » ajoutées de manière ponctuelle pour faire face aux progrès technologiques. Les modalités précises qui permettront d'atteindre les objectifs de ces grandes orientations et de ces principes juridiques devraient être pour l'essentiel du ressort des parties prenantes, sous forme d'autorégulation et d'initiatives de normalisation.

5. Poursuivre la recherche de solutions ciblées dans les zones dépourvues d'infrastructures en raison d'une défaillance du marché.

Compte tenu de l'utilisation croissante des réseaux IP dans le secteur des TIC, il est primordial de développer et de maintenir une infrastructure de réseau pour garantir la disponibilité et l'accessibilité de tous les services en ligne et des services de communications à chaque utilisateur final, où qu'il se trouve. Les instances de régulation et les décideurs politiques devraient privilégier des solutions ciblées qui offriront des services à haut débit au plus grand nombre possible de personnes. L'une de ces solutions ciblées pourrait par exemple consister (notamment dans les zones rurales et reculées) en un soutien financier du service universel spécifiquement destiné au développement du réseau dans les zones privées de connectivité. Au lieu de se limiter aux services de téléphonie « fixe », le financement du service universel pourrait également contribuer au soutien des programmes TIC/haut débit, qui permettent aux entreprises et particuliers mal desservis d'accéder à l'internet à haut débit. La politique adoptée pourrait également soutenir les zones dépourvues d'infrastructures de réseau en faisant en sorte que les instances de régulation autorisent (en les soutenant activement) les entités non commerciales, comme les communes, à fournir aux utilisateurs finals un accès internet local, à la fois fixe et mobile.

6. Repenser et redéfinir les objectifs de politique publique pour les services qui présentent une importance pour la société.

Les objectifs de l'Union européenne visent à assurer la protection des droits des citoyens, mais également à créer un marché unique et un système dépourvu de toute distorsion de la concurrence, destiné à favoriser l'innovation et la croissance. Ce système doit parvenir à un juste équilibre entre les objectifs principalement économiques et le respect des droits fondamentaux et des valeurs culturelles ; il est conçu pour soutenir le progrès économique, et non pour empêcher toute évolution ou protéger des secteurs économiques bien établis. Le Traité de Lisbonne consacre désormais plus clairement ce juste équilibre.

Les régulateurs européens seront souvent incités à étendre la réglementation en vigueur pour établir des « conditions réglementaires équitables » ; cette demande provient en général des acteurs du secteur qui cherchent à préserver leur place sur le marché. En revanche, ces mêmes acteurs voient rarement d'un bon œil que l'établissement de conditions réglementaires équitables les oblige à améliorer leur propre fourniture de services ou à offrir de nouveaux services et des fonctionnalités innovantes afin de pouvoir rivaliser avec les nouveaux venus sur le marché. Parallèlement, les régulateurs spécifiques au secteur traitent de plus en plus de questions d'intérêt général qui ont une incidence plus générale sur l'économie. Cela s'explique en partie par le fait que l'innovation technologique est le moteur de l'économie et qu'elle est vitale pour de nombreuses autres formes d'activités commerciales. Compte tenu de son importance, l'innovation devrait être un objectif politique prioritaire et toute politique gouvernementale devrait être appréciée au regard de son soutien à l'innovation.

La politique en matière de médias de l'Union européenne privilégiait traditionnellement la protection des consommateurs dans un environnement commercial sur lequel ils pouvaient exercer un contrôle limité et le soutien accordé à un paysage médiatique pluraliste. Comme les fournisseurs de services en ligne commandent de manière épisodique des contenus originaux de grande qualité, et dans la mesure

où, d'une part, internet, les smartphones, les tablettes, les fonctions de recherche et les applications continuent à proliférer et, d'autre part, l'univers des « médias et contenus » audiovisuels entre en conflit avec les TIC, il est indispensable de repenser les objectifs des politiques publiques à l'égard des services et des dispositifs qui présentent un intérêt pour la société¹⁰.

La publicité télévisuelle, par exemple, se transforme radicalement pour intégrer des fonctionnalités « intelligentes ». Face à cette évolution, les motifs de restriction se justifient de moins en moins, tandis que les nouveaux domaines de préoccupation ne sont toujours pas examinés.

Dans une économie mue par les données où les technologies du « *big data* » sont de plus en plus perfectionnées, il devient particulièrement important de réfléchir à la protection de la vie privée de la prochaine génération de téléspectateurs. Les nouveaux téléviseurs comportent désormais des fonctionnalités inégalées de collecte et de recherche de données ; à l'avenir, ces données seront utilisées pour proposer, entre autres fonctionnalités, des publicités télévisuelles personnalisées. L'historique du contenu médiatique d'un utilisateur constitue cependant un ensemble de données sensibles, qui peut fournir une multitude d'informations sur les caractéristiques d'une personne précise.

De même, il sera de plus en plus important de réexaminer comment préserver le pluralisme des médias pour la génération à venir. Les régimes actuels de pluralisme des médias ciblent avant tout les plateformes classiques : la télévision, la presse écrite et, dans une certaine mesure, la radio. Mais comment garantir le pluralisme des médias lorsqu'un si grand nombre de consommateurs accèdent aux actualités en ligne et lorsque ces « actualités » elles-mêmes englobent un univers d'informations bien plus vaste ? Le caractère partial des programmes informatiques automatisés est une nouvelle source de préoccupation au vu du cumul d'actualités personnalisées. Ces critères décisionnels sont peut-être objectifs, mais sont-ils pour autant impartiaux ? Ils peuvent en effet aboutir à une forme d'homogénéité et même, au bout du compte, avoir pour effet de réduire la visibilité des différents points de vue ou de rendre plus difficile l'accès à un point de vue impartial.

Le professeur Lessig a souligné d'une façon particulièrement parlante le défi que représente l'action à mener :

Nous avons accueilli l'arrivée d'internet avec une joie comparable à celle des habitants de la Terre vis-à-vis des extra-terrestres dans le film Independence Day ; nous avons accepté qu'internet prenne de plus en plus de place dans notre quotidien sans pour autant nous interroger sur les répercussions qu'il finirait par avoir. Mais nous réaliserons nous aussi, à un moment donné, qu'il peut représenter une menace. Nous prendrons conscience que le cyberspace n'offre aucune garantie de liberté, mais porte en lui un extraordinaire potentiel de contrôle. Ce jour-là, nous nous demanderons comment faire face à cette situation¹¹.

III. Conclusion : un nouveau contenu mérite un nouveau contenant

Les communications électroniques, les services d'information et les services de médias audiovisuels reposent désormais intégralement sur des transmissions de réseaux qui font appel à internet. Ce changement structurel a considérablement modifié la dynamique du marché et s'est traduit par des répercussions socio-économiques conséquentes. Nous nous trouvons à présent dans une situation à la fois nouvelle et très différente. Face à cette innovation, il convient de repenser en profondeur l'action à mener à l'ère du numérique et de réfléchir à ses implications sur la législation. L'existence d'un marché unique européen stable passe par un cadre réglementaire à l'épreuve du temps. Le seul moyen d'y parvenir consiste, pour les autorités de régulation et les décideurs politiques, à abandonner les anciennes dispositions et pratiques, qui étaient autrefois dictées par la voix pour les télécommunications et par la télévision analogique pour les contenus audiovisuels : une bonne partie de cette réglementation est déjà (ou devient rapidement) inutile ou sans objet à l'époque actuelle, où les données augmentent et qui s'appuie sur la technologie IP et repose essentiellement sur internet. Comme le marché des applications est concurrentiel, innovant et en plein essor, une

10) Par exemple l'accessibilité ou la confidentialité des communications.

11) Lessig L., *Code and Other Laws of Cyberspace* (« Code et autres loi relatives au cyberspace »), Basic Books, New York, 1999.

réglementation supplémentaire ne semble guère nécessaire. Il convient de faire davantage confiance au marché pour régler les problèmes qui se présenteront, sous réserve de continuer à respecter les principes du droit de la concurrence et de la protection des consommateurs.

Le potentiel de la convergence peut être pleinement exploité par le marché si les régulateurs et les décideurs politiques poursuivent les cinq objectifs présentés plus haut, par exemple (i) en respectant les principes de neutralité tout au long de la chaîne de valeur, (ii) en promouvant, en matière de régulation, les solutions obtenues sous l'impulsion des acteurs du secteur ou (iii) en favorisant un régime réglementaire léger, tourné vers l'avenir et adapté au numérique, qui offre au secteur une véritable dynamique concurrentielle, la souplesse et la liberté d'innover et la confiance dans les investissements. Parallèlement, il convient d'examiner soigneusement, et de traiter, les implications de l'innovation pour la société, dans une économie mue par les données.

Telles sont les priorités et l'approche que les autorités de régulation devraient adopter. La réglementation des réseaux et des « applications » à l'ère du numérique ne peut tout simplement pas reposer sur les régimes qui étaient autrefois en vigueur. La régulation doit évoluer de manière radicale vers un cadre politique et réglementaire applicable aux secteurs de la convergence, qui soit celui de la prochaine génération. Il importe que les autorités de régulation n'insèrent pas un contenu nouveau dans un contenant ancien.

Convergence et divergence : l'interaction entre autorégulation et cadre légal au Royaume-Uni

Malcolm Phillips

Committee of Advertising Practice (CAP)

Lorsqu'il est question du rôle de l'autorégulation dans l'élaboration de normes pour les communications commerciales audiovisuelles, on a parfois l'impression que les débats partent du postulat que la convergence pose un défi qu'aucun cadre réglementaire existant n'est à même de relever. Le système d'autorégulation au Royaume-Uni se préoccupe de la convergence des médias depuis 50 ans : des politiques publiques applicables à tous les médias existent déjà et sont mises en œuvre. Ma crainte est que les tentatives de développement d'un cadre statutaire pour les communications commerciales audiovisuelles viennent en pratique compliquer les efforts déjà réalisés pour prendre en compte les médias convergents, et ne les fassent pas progresser.

Il ne s'agit pas ici de plaider pour l'autorégulation et contre le cadre légal : au Royaume-Uni, cela fait près de dix ans que la corégulation est mise en œuvre dans le domaine de la radiodiffusion, avec un succès apparent. Mais l'interaction entre autorégulation et cadre légal peut être à la fois productive, et contre-productive, même à l'échelle d'une seule mesure législative. Dans cet article, j'exposerai quelques éléments sur le dispositif réglementaire actuel au Royaume-Uni et j'examinerai la théorie d'une crise imminente de la convergence. Je conclurai en suggérant que nous disposons déjà des outils nécessaires pour aborder les conséquences probables des évolutions actuelles des médias audiovisuels. La clé est de se concentrer d'une part sur ces évolutions probables et, d'autre part, de faire confiance au système d'autorégulation pour s'adapter rapidement, lorsque les informations relatives aux consommateurs recueillies dans le cadre de la pratique de l'autorégulation feront ressortir des besoins qu'il n'avait pas été possible d'anticiper.

I. Le paysage réglementaire au Royaume-Uni

Commençons par une brève introduction au régime d'autorégulation britannique. Le *Committee of Advertising Practice* (Comité des pratiques publicitaires – CAP), créé en 1961, a élaboré dès sa première année d'existence le premier code britannique d'autorégulation de la publicité dont le champ d'application était universel. Le Comité rassemblait des représentants de toutes les composantes de l'industrie publicitaire – annonceurs, agences, propriétaires de médias – réunis dans l'objectif de formuler l'intérêt commun et éclairé de l'industrie à la mise en œuvre de bonnes pratiques en matière d'autorégulation.

L'*Advertising Standards Authority* (Autorité des normes publicitaires – ASA), l'instance indépendante chargée de l'application de ce code, a alors été mise en place en 1962. Les deux acteurs du dispositif ont célébré leur cinquantenaire respectif en 2011 et 2012. Dès le départ, le Code du CAP s'est appliqué aux médias non radiodiffusés : le CAP accordait en effet une importance capitale à la neutralité des médias et a cherché à appliquer des normes homogènes à tous les médias couverts par son Code, tout en donnant à l'ASA l'autorité nécessaire pour prendre en compte les caractéristiques particulières de chaque média dans le cadre de ses décisions de mise en œuvre. Le dispositif présente en outre l'avantage de proposer des conseils en amont de la diffusion et des formations aux annonceurs pour favoriser la conformité des publicités.

Depuis 2004, l'ASA est en outre responsable de la publicité sur les services de radio et de télévision autorisés par l'Ofcom. Pour la première fois au Royaume-Uni, tous les médias étaient soumis au même régime dédié de mise en œuvre des normes publicitaires. Le CAP a mis en place une instance jumelle, le *Broadcast Committee of Advertising Practice* (Comité des pratiques publicitaires de la radiodiffusion – BCAP), responsable des codes spécifiques à la télévision et à la radio. Nous avons hérité de quatre codes au total : un sur la télévision, un sur la radio, un sur la programmation de publicité à la télévision, et un sur le télétexte. Ensemble, le CAP et le BCAP ont initié une procédure historique de révision des codes – la première révision simultanée de l'ensemble des cinq codes relatifs à la publicité. Le processus a abouti en 2010¹ au lancement de seulement deux codes : le Code britannique de la publicité non radiodiffusée, des promotions et du marketing direct (*UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing* – Code CAP)² et le Code britannique de la publicité radiodiffusée (*UK Code of Broadcast Advertising* – Code BCAP)³. Toujours en 2010, le CAP a élargi le champ d'intervention du code de la publicité non radiodiffusée aux communications promotionnelles sur les propres sites internet des commerçants et aux autres espaces qu'ils contrôlent – par exemple Facebook et Twitter. La convergence a donc été un thème central pour nous depuis un certain temps déjà : dans l'espace des dix dernières années, nous avons été en mesure de faire évoluer des normes communes qui peuvent s'appliquer à un large éventail de médias qui étaient auparavant en dehors du système.

Il faut également souligner le fait que l'ASA est reconnue par les tribunaux et les agences réglementaires impliquées dans la régulation du commerce comme l'instance chargée de la protection du consommateur dans le cadre de la publicité. Cela signifie que les décisions d'exécution de l'ASA et les normes établies par le CAP sont soumises à un contrôle juridictionnel, et implique que, lorsque cela s'avère nécessaire, nous sommes tenus d'agir dans le respect des mesures d'harmonisation maximales, telles que la directive sur les pratiques commerciales déloyales⁴ (directive PCD). Je reviendrai sur ce point plus loin.

II. Normes communes à tous les médias

Depuis l'élargissement de son champ d'intervention en 2010, l'ASA a reçu plus de 30 000 plaintes par an. Compte tenu du champ d'application des codes et du fait qu'une seule plainte peut suffire à déclencher une enquête, il est possible d'affirmer que l'ASA est l'une des instances les plus expérimentées en matière d'application des normes issues de la directive PCD et de la Directive SMAV⁵ en Europe.

Quel que soit le support média, la publicité est soumise au contrôle de l'ASA, mais le contexte juridique sous-jacent implique, au Royaume-Uni, une pluralité d'approches. S'agissant de la télévision, le BCAP et l'ASA régulent la publicité dans le cadre d'un contrat avec l'Ofcom. L'Ofcom nous délègue certaines de ses prérogatives réglementaires – mais pas toutes. Dans le cas de la vidéo à la demande (VoD), la situation est quelque peu différente. Il ne s'agit pas pour l'ASA de créer des règles, mais simplement d'assurer leur mise en œuvre. Dans ce cadre, l'Ofcom confie à l'ASA le soin d'appliquer aux services non linéaires les règles relatives à la publicité issues de la Directive SMAV. Mais il existe évidemment un marché plus large pour les communications commerciales audiovisuelles, par exemple

1) Les deux principaux documents de consultation publiés par le CAP et le BCAP, ainsi que l'évaluation complète des réponses reçues à la suite de la communication de la décision finale relative aux deux codes, peuvent être consultés dans la section « consultations closes » (*closed consultations*) du site internet du CAP, disponible sur : www.cap.org.uk/News-reports/Consultations/Closed-consultations.aspx

2) Code britannique de la publicité non radiodiffusée, des promotions et du marketing direct (*UK Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing* – Code CAP), Edition 12, disponible sur : www.cap.org.uk/Advertising-Codes/Non-Broadcast.aspx

3) Code britannique de la publicité radiodiffusée (*UK Code of Broadcast Advertising* – Code BCAP), Edition 1, disponible sur : www.cap.org.uk/Advertising-Codes/Broadcast-HTML.aspx

4) Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur modifiant la Directive 84/450/CEE du Conseil et les Directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le Règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») JO L 149, 11 juin 2005, p. 22.

5) Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), JO L 95, 15 avril 2010, p. 1.

l'introduction d'une publicité au début des contenus vidéos (publicité pré-roll) des sites internet de presse, catégorie qui est soumise au Code CAP. De façon encore plus significative, pas seulement dans le cadre de cet article, mais pour le public et l'industrie, quel que soit le terminal utilisé pour regarder les communications commerciales audiovisuelles – télévision connectée, ordinateur, tablette ou smartphone – le dispositif de l'ASA et des règles du CAP ou du BCAP s'appliquent.

Dans les débats sur la question de la convergence, on entend de plus en plus souvent parler du « deuxième écran ». Mais ce terme n'a effectivement de sens que si l'on a pour habitude de considérer que la régulation des médias concerne exclusivement ou principalement la télévision. Pour un régulateur convergé, aucun écran n'est prioritaire en particulier. Il existe simplement une pluralité d'écrans. Evidemment, lorsque les gens évoquent le deuxième écran aujourd'hui, ils pensent principalement à sa capacité à fournir des communications numériques dynamiques et en temps réel pour appuyer et compléter le contenu du programme proposé sur un service linéaire. Dans ce sens, la télévision conserve sa primauté. Peut-être est-il possible d'affirmer que, tant que l'on entend parler du second écran, la crise de la convergence n'est pas encore survenue.

III. Médias changeants, normes durables

L'information est fondamentale pour la régulation, et notre meilleure source d'information reste l'examen des plaintes à l'ASA. Or, ces plaintes semblent suggérer que les consommateurs n'ont pas à ce stade beaucoup de préoccupations s'agissant de la publicité sur la vidéo à la demande ou des communications commerciales audiovisuelles au-delà de la télévision. La publicité télévisée a donné lieu à 13179 plaintes en 2013. La publicité en VoD en a engendré 193⁶.

Les préoccupations soulevées par les consommateurs quant aux publicités en VoD concernent principalement leur caractère offensant, qu'il s'agisse du contenu de celles-ci ou de leur insertion inappropriée autour d'un programme. Cela signifie que la VoD se rapproche davantage de la télévision que des autres formes de communications commerciales numériques. En 2013, le CAP a procédé à un examen des conséquences de sa décision d'étendre le champ d'application du code aux propres sites internet des annonceurs, et en a conclu, comme beaucoup au sein de l'instance s'y attendaient, que les préoccupations des consommateurs portent massivement sur le caractère trompeur des publicités en ligne. La télévision a toujours suscité des préoccupations beaucoup plus diverses chez les consommateurs. Entre mars 2011 et février 2013, 90 % des affaires examinées portant sur les sites internet des annonceurs portaient sur le caractère trompeur de la publicité ; dans la même période, pour la radiodiffusion, entre 46 et 50 % des plaintes portaient sur le caractère trompeur des publicités ; entre 28 et 31 % sur leur caractère offensant ; et entre 12 et 17 % sur son caractère préjudiciable⁷.

L'examen des informations – relativement limitées – tirées des plaintes montre que le profil de la VoD semble se rapprocher de celui de la télévision, mais l'ASA n'a pas eu besoin d'appliquer les niveaux de protection élevés prévus par la Directive SMAV à la régulation des publicités en VoD. L'application de ses propres principes, testés et approuvés, en matière de contenus offensants, s'est révélée suffisante. L'exigence de réparation dans le cadre de l'autorégulation reste centrée sur les médias établis et les normes établies. Il est intéressant de souligner que, même lorsqu'il s'agit de nouveaux médias numériques ou innovants, l'importance des normes établies est réaffirmée : ainsi, sur les médias sociaux comme avec les « publicités indigènes » en ligne (« *native advertising* »), le problème auquel le ASA et le CAP ont sans cesse été confrontés a été celui de l'irruption d'un objectif promotionnel dans l'espace éditorial⁸.

6) Les chiffres sont tirés de Autorité des normes publicitaires (ASA) et Comité des pratiques publicitaires (CAP), « ASA and CAP Annual Report 2013: Making ads clear », 29 mai 2014, p.21, disponible sur : www.asa.org.uk/News-resources/Media-Centre/2014/~/_/media/Files/ASA/Annual%20reports/AR%202013%20Online%20version_v3_FINAL.ashx

7) Chiffres internes.

8) Voir par exemple, l'échange de questions et réponses organisé entre le CAP et des blogueurs au Royaume-Uni en mars 2014, Comité des pratiques publicitaires, « New words on the blog », communiqué de presse, 19 mars 2014, disponible sur : www.cap.org.uk/News-reports/Media-Centre/2014/New-words-on-the-blog.aspx

Une exception notable concerne la publicité comportementale en ligne⁹, qui a nécessité l'élaboration de nouvelles normes et un élargissement du champ du Code CAP (et pour laquelle la régulation est différente, dans la mesure où la responsabilité principale en matière de conformité incombe aux réseaux publicitaires et à d'autres tierces parties, plutôt qu'aux annonceurs). Même dans ce cas, les normes en question concernent la question habituelle de l'objectif promotionnel, mais aussi la question plus nouvelle portant sur la manière dont les consommateurs peuvent choisir de refuser la collecte et l'exploitation des informations comportementales par le navigateur. Il en résulte un ensemble de normes applicables par le même organisme qui régule l'ensemble des autres médias, l'ASA.

IV. L'interaction entre autorégulation et mesures d'ordre législatif

Le nombre de plaintes enregistrées par l'ASA pourrait suggérer que la Directive SMAV n'a eu que peu d'impact sur le CAP et l'ASA en termes de réglementation des communications commerciales audiovisuelles en dehors de la télévision linéaire. Mais elle a néanmoins déjà eu un impact au niveau des principes. Le Code CAP reprend les dispositions de la Directive SMAV en matière de publicité sur la vidéo à la demande dans une annexe¹⁰, ce qui s'explique par le fait que la transposition de la Directive SMAV au Royaume-Uni fait peser la responsabilité première de son respect sur les fournisseurs de services de médias en VoD. Mais le Code CAP porte sur la publicité : ce sont donc les annonceurs qui ont en premier lieu le devoir de le respecter. Les règles spécifiques à la VoD constituent une exception à cet égard.

On peut ainsi affirmer que la Directive SMAV, telle qu'elle a été transposée au Royaume-Uni, a entraîné une certaine forme de divergence dans la régulation, dans la mesure où elle nous oblige à appliquer des normes aux fournisseurs de services de médias plutôt qu'aux annonceurs, au sein d'un média nouveau et changeant. Dans quelle mesure ce système est-il viable ? Plus les technologies de diffusion des publicités deviennent intelligentes, moins les fournisseurs de services de médias sont impliqués dans le choix des publicités qui entourent les contenus qu'ils fournissent. Nous considérons qu'un système fondé sur la responsabilité de l'annonceur – tel que le CAP et l'ASA le rendent possible – permet un respect plus efficace des normes.

L'impact global des mesures d'harmonisation maximale, telles que la directive PCD, sur la régulation de la publicité au Royaume-Uni est trop large pour être appréhendé ici. Il paraît difficile de s'opposer en théorie à l'harmonisation maximale. Mais en pratique, les mesures d'harmonisation maximale ont des effets complexes, et pas toujours souhaitables. Au Royaume-Uni, le *Trading Standards Institute* (Institut des normes commerciales), un organisme statutaire d'application des lois en matière commerciale, s'est demandé dans une consultation récente si les lignes directrices antérieures à la directive PCD en matière de pratiques tarifaires devraient être à nouveau assorties de la force statutaire dont elles jouissaient auparavant. Une telle perspective paraît cependant impossible puisque l'annexe à la directive PCD constitue une liste exhaustive des pratiques que les Etats membres sont autorisés à toujours considérer a priori comme déloyales.

Le CAP et le BCAP ont également été obligés de lancer un processus long et complexe d'examen de leurs règles, destiné à vérifier si celles-ci n'imposaient pas un niveau de restriction plus élevé que la directive PCD ne l'autorise, dans le cadre de l'annexe 1¹¹. J'ai entendu dire que la Commission européenne avait écarté cette préoccupation en expliquant que, dans la mesure où un code d'autorégulation équivalait

9) Le Code du CAP définit la publicité comportementale en ligne comme étant « la collecte par une tierce partie, pendant une période donnée, des données comportementales d'utilisation d'internet issues d'un ordinateur particulier, prenant place sur des domaines internet variées et qui ne sont pas sous contrôle commun, utilisée par la tierce partie pour envoyer de la publicité sur cet ordinateur sur la base des préférences et des intérêts déduits des données par la technologie utilisée par la tierce partie. (Ces préférences ou intérêts sont souvent classés en « segments d'intérêt », qui sont ensuite utilisés pour cibler les usagers internet multiples avec une préférence ou un intérêt spécifique) ». Annexe 3 du Code CAP sur la publicité comportementale en ligne, disponible sur :

www.cap.org.uk/Advertising-Codes/Non-broadcast-HTML/Appendix-3-Online-Behavioural-Advertising.aspx

10) Annexe 2 du Code CAP sur les règles publicitaires des services à la demande réglementés par la loi, disponible sur :

www.cap.org.uk/Advertising-Codes/Non-broadcast-HTML/Appendix-2-Advertising-rules-for-on-demand-services-regulated-by-statute.aspx

11) Annexe I de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales, « Pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances », disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/ALL/?uri=CELEX:32005L0029>

seulement à des lignes directrices, il pouvait prévoir davantage de règles que la directive PCD, puisqu'il n'a pas force statutaire. Comme je l'ai déjà expliqué, un tel raisonnement n'est pas recevable dans le cas du Royaume-Uni : l'élaboration de normes par le CAP est soumise à un contrôle juridictionnel et aux mêmes vérifications que n'importe quelle réglementation adoptée par un Etat membre. Les normes européennes devraient être élaborées en prenant davantage en compte leur impact sur la possibilité pour l'autorégulation de réaliser tout son potentiel, à savoir sa capacité de s'adapter et de répondre aux pratiques que les autorégulateurs rencontrent dans leur pratique et dans leur dialogue avec les professionnels de l'industrie.

V. Conclusion

Si l'on admet, d'une part, que les informations issues des plaintes des consommateurs suggèrent que la VoD et les autres formes nouvelles de communications commerciales audiovisuelles n'ont pas encore rattrapé la télévision en termes d'importance et de capacités d'engagement et, d'autre part, que les normes en vigueur sont capables de répondre au besoin d'action que les consommateurs exigent du régulateur publicitaire, alors de quelle crise s'agit-il ici ? Peut-être s'agit-il juste de faire davantage confiance au système. L'autorégulation a beaucoup à offrir à l'Europe, alors que nous nous dirigeons vers une diversification des communications commerciales audiovisuelles. Au cours des dix dernières années, le dispositif d'autorégulation britannique s'est étendu pour couvrir la télévision, la radio, les sites propres des annonceurs, la publicité comportementale en ligne, les services de vidéo à la demande et le marketing sur les médias sociaux : la demande des consommateurs pour cet élargissement considérable du champ d'application se reflète dans le nombre de plaintes adressées au régulateur britannique, qui est passé de 14 508 en 2004 à 31 136 en 2013¹².

Puisque l'expérience des dix dernières années témoigne d'une adaptation aux nouveaux médias et d'une évolution des normes communes, pourquoi cela ne durerait-il pas ? Il me semble que les normes sont élaborées au mieux lorsqu'elles sont fondées sur des faits et des informations, tirés de la pratique. Le système de l'ASA permet de s'adapter rapidement et en permanence aux nouveaux développements des médias. Peut-être qu'un nouveau dialogue serait utile pour déterminer quel type d'harmonie pourrait nous permettre de continuer de converger, plutôt que de diverger, en matière de régulation.

12) Les chiffres pour 2004 reflètent les plaintes reçues ne portant pas sur la radiodiffusion (12 711) combinées avec les plaintes reçues portant sur la radiodiffusion reçues en novembre et décembre 2004 (1 797), c'est-à-dire après que l'ASA a repris la responsabilité en matière de publicité radiodiffusée qui incombait auparavant à l'Ofcom. Voir, Autorité des normes publicitaires et Comité des pratiques publicitaires, « Annual Report 2004 – Open for business: the one-stop shop for advertising standards », disponible sur : www.asa.org.uk/News-resources/~media/Files/ASA/Annual%20reports/Countdown%20to%202010/ASA_Annual_Report_2004.ashx. Les chiffres pour 2013 sont issus de Autorité des normes publicitaires et Comité des pratiques publicitaires, « Rapport annuel 2013 de l'ASA et du CAP : rendre les publicités plus claires », p.21, disponible sur : www.asa.org.uk/News-resources/Media-Centre/2014/~media/Files/ASA/Annual%20reports/AR%202013%20online%20version_v3_FINAL.ashx



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

L'Observatoire européen de l'audiovisuel

Institué en décembre 1992, l'Observatoire européen de l'audiovisuel a pour objectif de collecter et de diffuser des informations sur l'industrie audiovisuelle en Europe.

L'Observatoire est un organisme de service public européen, composé de 40 Etats membres et de l'Union Européenne, représentée par la Commission Européenne. Il exerce son activité dans le cadre juridique du Conseil de l'Europe et travaille en collaboration avec un certain nombre d'organismes professionnels et partenaires du secteur audiovisuel, ainsi qu'avec un réseau de correspondants.

Les principales activités de l'Observatoire européen de l'audiovisuel portent sur :

- la publication d'un annuaire, de rapports et de bulletins d'information :
<http://www.obs.coe.int/publications>
- la mise à disposition d'informations grâce à son site Internet :
<http://www.obs.coe.int>
- des contributions aux conférences :
<http://www.obs.coe.int/events>

L'Observatoire met également à disposition, gratuitement, des bases de données :

IRIS Merlin

Base de données sur les informations juridiques relatives au secteur audiovisuel en Europe
<http://merlin.obs.coe.int/>

LUMIERE

Base de données sur les entrées des films distribués en Europe
<http://lumiere.obs.coe.int>

MAVISE

Base de données sur les chaînes TV, les services audiovisuels à la demande et les entreprises en Europe
<http://mavise.obs.coe.int>

Observatoire européen de l'audiovisuel

76 Allée de la Robertsau – F-67000 Strasbourg – France
Tél.: +33 (0) 3 90 21 60 00 – Fax: +33 (0) 3 90 21 60 19
www.obs.coe.int – E-mail: info.obs@coe.int

Les nouvelles formes de communications commerciales à l'heure de la convergence

Qui a peur des grandes méchantes données ? Le visage de la publicité a changé pour toujours. Les « communications commerciales » (ainsi que nous les nommons désormais) existent dans un univers médiatique de plus en plus convergent. Par conséquent, les lignes séparant contenu réel et publicité sont de plus en plus floues. De plus, les « big data » ou données massives qui donnent des détails précis sur nos besoins et notre comportement en tant que consommateurs sont stockées et échangées comme une monnaie afin que les annonceurs puissent nous adresser des messages ciblés avec de plus en plus de précision. Cette publication IRIS Spécial porte sur les nouvelles formes de communications commerciales audiovisuelles à l'heure de la convergence.

Le rapport s'ouvre avec un chapitre rédigé par Conor Murray de EGTA. Conor Murray présente un aperçu très utile des techniques publicitaires émergentes et des nouveaux modèles de financement associés, à la disposition des télédiffuseurs. Il souligne l'importance des applications de deuxième écran consultées sur des appareils mobiles tout en regardant la télévision. Un tel comportement multi-écran crée de nouveaux modèles économiques publicitaires et la nécessité connexe d'une réglementation efficace.

Christian Grece, analyste de l'Observatoire, présente ensuite l'« écosystème » de l'affichage publicitaire en ligne européen ou la concurrence dans le monde de la publicité pour capter l'attention des consommateurs qui regardent du contenu en ligne. Il souligne l'importance des données massives afin de cartographier la publicité le plus précisément possible en fonction du comportement connu des consommateurs, avec les problèmes connexes de confidentialité qui appellent à une législation efficace.

Mark Cole, de l'Université du Luxembourg, nous guide ensuite à travers les différents textes juridiques européens qui ont une incidence sur, ou réglementent d'une quelconque façon, ce paysage de la publicité de plus en plus complexe. Son analyse des différentes directives de l'UE (directive SMAV, commerce électronique, protection des données ou protection de la vie privée pour n'en citer que quelques-unes) indique que le cadre juridique pour la

communication commerciale en Europe est actuellement si fragmenté que des zones grises apparaissent et qu'il est très difficile d'avoir une vue globale du contexte juridique.

Après avoir décrit dans son chapitre les nouveaux défis posés aux législateurs par les nouvelles formes de communication commerciale, Ross Biggam d'ACT plaide en faveur d'une régulation orientée vers l'avenir (sous la forme d'une directive SMAV révisée ou d'une directive à plus large portée) basée sur des principes tels que la responsabilité éditoriale, la protection des mineurs ou les normes éthiques.

L'épineuse question de la protection des données pour les médias convergents est évoquée par Heiko Zysk de ProSiebenSat. 1 Media AG. Les sociétés, les utilisateurs et les législateurs sont tous confrontés au défi que constitue l'utilisation responsable des données massives dans le plein respect de la vie privée. Il évoque les solutions possibles d'un label qualité de la responsabilité pour les sociétés qui utilisent les données massives des consommateurs. Heiko Zysk plaide aussi en faveur de dispositions législatives adaptées, ainsi que de normes de corégulation et d'autorégulation visant à rendre les données et leur utilisation plus transparentes.

Une analyse très approfondie de la directive Vie privée (la réglementation relative au suivi et au traitement des données à caractère personnel en vigueur) est fournie par Frederik Zuiderveen Borgesius de l'IViR.

La dernière partie de ce rapport s'intéresse à la question de savoir si le cadre juridique actuel est préparé à un marché publicitaire de plus en plus convergent. Anne Deltour de la Commission européenne, Cornelia Kutterer de Microsoft et Malcolm Philips du Committee of Advertising Practice examinent également le rôle que pourraient jouer les initiatives de l'industrie et les initiatives d'auto et de corégulation.

Un rapport tout à fait opportun puisque la Commission européenne a annoncé une révision de la directive SMAV en 2015. En outre, la réglementation de la protection des données en Europe n'est pas figée car la réglementation proposée est encore en cours de discussion à Bruxelles et il semble évident qu'une solution ne sera pas atteinte en 2015.

Pour accéder à l'actualité juridique sur les médias :

IRIS, Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

**Cette lettre d'information électronique est consultable gratuitement sur :
<http://merlin.obs.coe.int/newsletter.php>**

