

**Nicolas Capt** Avocat, Genève, DEA en droit, criminalité et sécurité des nouvelles technologies  
ncapt@avocats.ch

## Publicité télévisée pour les SMS/MMS surtaxés: quelle protection pour les mineurs?

**Zusammenfassung** Die Radio- und Fernsehwerbung für gebührenpflichtige SMS/MMS wirft aus Sicht des Jugendschutzes verschiedene Fragen auf. In Anbetracht der rasanten Entwicklung dieser elektronischen Mehrwertdienste stellt sich die Frage, ob die Werbung dafür nicht gesetzlich strenger reglementiert werden sollte, wie dies in Frankreich mit einer Beschränkung der Ausstrahlungszeiten bereits der Fall ist. Wenn die Mehrwertdienste selber stärker reguliert würden, könnte im Gegenzug die Werbung in Radio und Fernsehen verhältnismässig frei bleiben. Eine Änderung des RTVG ist einer der vorstellbaren Wege, um diese Lücke zu schliessen.

### I. Introduction et délimitation du sujet

Depuis un certain nombre d'années fleurissent des services surtaxés<sup>1</sup> destinés en premier lieu à un public adolescent et qui promettent, en contrepartie de l'envoi d'un SMS<sup>2</sup> ou d'un MMS<sup>3</sup> à un numéro court constitué usuellement de trois chiffres<sup>4</sup>, des avantages aléatoires offerts sous une forme quelconque. Les services offerts vont de l'étude de la compatibilité amoureuse de deux prénoms à l'expression de prophéties diverses et variées, en passant par la question de savoir si l'on va devenir riche ou heureux parent dans l'année. D'autres permettent de participer à des concours garnis de prix en espèces plutôt alléchants, de discuter (services de «chat») ou encore d'influer sur le résultat d'un jeu de télé-réalité en votant pour son participant favori. Les concepts sont déclinables à l'envi par les publicitaires, de sorte que chaque semaine voit l'apparition de nouvelles prestations.

Il existe deux types de services commerciaux qui doivent être distingués. D'une part, les services à la demande (type «pull»), par lesquels l'abonné fait parvenir un SMS à un numéro court pour solliciter une information qui lui parvient ensuite par retour de SMS ou MMS. C'est le processus classique pour acquérir une sonnerie particulière ou un logo. C'est aussi le plus maîtrisable en termes de coûts pour l'utilisateur, dans la mesure où la requête ne donne lieu qu'à l'envoi d'un seul message surtaxé. D'autre part, les services sur abonnement (type «push») par lesquels le client active un service en envoyant un code à un numéro court particulier. Un ou plusieurs messages – payants – lui sont adressés chaque fois qu'une nouvelle information est disponible. Comme il s'agit en d'autres termes d'un abonnement, l'utilisateur ne peut cesser sa souscription au service qu'en désactivant celui-ci par l'envoi d'un code spécifique (en général «stop» ou «stopp»). De par l'ampleur des dépenses qu'il peut engendrer, le service «push» est celui qui prête le plus flanc à la critique.

La multiplication des diffusions publicitaires télévisées y afférentes démontre à elle seule combien la commercialisation de ces services est rentable. Au vu du public cible visé, à savoir essentiellement des adolescents, la question se pose toutefois de la licéité de telles réclames au regard des cautions prévues par le droit des médias.

La présente contribution entend se focaliser sur la publicité radiodiffusée relative aux services de messages à valeur ajoutée. Elle proposera toutefois un bref aperçu des principales normes de droit public applicables aux services surtaxés en eux-mêmes, de sorte que l'ensemble du cadre juridique pertinent puisse apparaître en arrière-plan. L'application des normes de droit privé à ces services – elle aussi génératrice d'interrogations – ne sera en revanche pas évoquée.

### II. Publicité télévisée et protection des mineurs: les sources

#### 1. Le droit de la radio-télévision: présentation systématique des lois et conventions

##### A. Convention européenne sur la télévision transfrontière<sup>5</sup> (CETT)

Cette Convention du 5 mai 1989 s'applique, aux termes de son art. 3, à tout service de programmes qui est transmis ou retransmis par des organismes ou à l'aide de moyens techniques relevant de la juridiction d'une partie, qu'il s'agisse de câble, d'émetteur terrestre ou de satellite, et qui peut être reçu, directement ou indirectement, dans une ou plusieurs autres Parties. Elle est entrée en vigueur pour la Suisse au 1<sup>er</sup> mai 1993.

1 Le SMS/MMS surtaxé permet à l'opérateur de téléphonie de facturer selon différents paliers l'utilisation d'un service dont les requêtes et les réponses sont obtenues via SMS/MMS. L'utilisateur paye ainsi le prix d'envoi d'un SMS simple plus une surtaxe pour accéder au service par le biais d'un numéro court.

2 Acronyme de *Short Message Service*; service d'envoi et de réception de messages texte composés d'au maximum 160 caractères et disponible sur un téléphone mobile, sur internet ou sur le réseau fixe.

3 Acronyme de *Multimedia messaging service*; service de messagerie multimédia permettant l'envoi de messages pouvant comporter du texte, des sons, des images ou de la vidéo, disponible sur un téléphone mobile compatible.

4 Art. 15b de l'Ordonnance sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications, ORAT, RS 784.104.

5 0.784.405.

**a) Généralités sur le régime général de la publicité**

La publicité, en premier lieu, se doit d'être honnête et loyale (art. 11, al. 1 CETT). Ceci a pour corolaire qu'elle ne doit ni être trompeuse ni porter atteinte aux intérêts des consommateurs (art. 11, al. 2 CETT).

**b) Des règles protégeant spécifiquement les mineurs**

A teneur de l'art. 11, al. 3 CETT, la publicité destinée aux enfants ou faisant appel à des enfants doit éviter de porter préjudice aux intérêts de ces derniers et tenir compte de leur sensibilité particulière.

En d'autres termes, la publicité ne doit pas manipuler l'enfant et doit tenir compte de sa réceptivité particulière aux communications publicitaires.

Les règles conventionnelles de la CETT définissent un cadre général plancher, chaque pays restant naturellement libre d'édicter des règles plus contraignantes.

**B. LRTV et ORTV****a) Généralités sur le régime général de la publicité radiodiffusée**

La publicité à la télévision en Suisse est réglée sur le plan interne par la loi fédérale sur la radio-télévision<sup>6</sup> (ci-après LRTV) – dont la dernière mouture est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007 – et par son ordonnance d'application<sup>7</sup>, entrée simultanément en vigueur.

**b) Des règles protégeant les mineurs s'agissant de la publicité**

A côté de l'art. 5 LRTV qui ne vise que les émissions rédactionnelles et prévoit que les diffuseurs veillent à ce que les mineurs ne soient pas exposés à des émissions susceptibles de porter préjudice à leur épanouissement physique, psychique, moral ou social, en fixant l'horaire de diffusion de manière adéquate ou en prenant d'autres mesures, les cautions s'agissant de la réclame sont posées par l'art. 13 LRTV qui veut que la publicité qui s'adresse aux mineurs ou dans laquelle apparaissent des mineurs ne doit pas exploiter leur manque d'expérience ni porter atteinte à leur développement physique et psychique. En outre, les émissions destinées aux enfants ne peuvent être interrompues par de la publicité<sup>8</sup> et les offres de vente ne doivent pas s'adresser aux mineurs<sup>9</sup>. Enfin, le parrainage<sup>10</sup>, de même que le placement de produit<sup>11</sup>, est également limité, respectivement interdit s'agissant des émissions pour enfants.

**2. Les autres dispositions légales applicables aux services SMS/MMS surtaxés (pro memoria)**

Outre les limites qui leurs sont posées sous l'angle de la publicité télévisée et qui sont l'objet de la présente contribution, les services SMS/MMS surtaxés peuvent être visés, pour eux-mêmes, par un certain nombre de dispositions de droit public qui sont brièvement passées en revue ci-après, pour mémoire, et sans que cet exposé succinct ne présente un quelconque caractère exhaustif. Il apparaissait toutefois important à l'auteur

de souligner, en filigrane, l'encadrement juridique général de ce type de services.

**A. Loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC)<sup>12</sup>**

L'art. 12b LTC prévoit que le Conseil fédéral réglemente lesdits services à valeur ajoutée afin d'empêcher les abus et qu'il fixe notamment des prix plafonds, édicte des dispositions sur l'indication des prix et impose aux parties concernées, dans le respect des engagements internationaux, d'avoir un siège ou un établissement en Suisse.

En outre, à partir d'un certain montant, les frais que doit régler l'utilisateur pour obtenir un service à valeur ajoutée ne peuvent être prélevés sans son accord exprès. Le Conseil fédéral est chargé de fixer ce montant et d'édicter des dispositions prévoyant que les services à valeur ajoutée facturés par les fournisseurs de services de télécommunication en sus des autres prestations puissent être identifiés comme tels sur la base des numéros.

Ces principes sont concrétisés par les dispositions topiques de l'ORAT<sup>13</sup>, de l'OIP<sup>14</sup> et de l'OST<sup>15</sup>.

**B. Ordonnance du 6 octobre 1997 sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications (ORAT)<sup>16</sup>**

Les art. 15 à 15f ORAT traitent spécifiquement des numéros courts pour services SMS et MMS. L'article 15c ORAT prévoit notamment une délégation de l'attribution et de la gestion des numéros courts aux fournisseurs de services de télécommunications qui en font la demande. Ce sont donc ces derniers, et non l'OFCOM, qui attribuent concrètement les numéros courts aux fournisseurs de contenu.<sup>17</sup>

**C. Ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (OIP)<sup>18</sup>**

A teneur de l'art. 11b OIP, lorsqu'un consommateur recourt à une prestation de service qui exige son acceptation

6 RS 784.40.

7 ORTV; RS 784.41.

8 Art. 13, al. 2 LRTV.

9 Art. 13, al. 3 LRTV.

10 Il consiste pour un annonceur en l'association de sa marque à une émission; cf. art. 20 ORTV.

11 Technique publicitaire qui consiste pour une entreprise à placer sa marque ou son produit de manière la plus visible possible dans un film, un feuillet ou une émission de télévision; cf. Cottier Bertil, Capt Nicolas, «Le placement de produit dans les programmes de radio-télévision: libéralisation en vue?» in *medialex* 2006, pp. 138 ss; cf. art. 21 ORTV.

12 RS 784.10.

13 RS 784.104.

14 RS 942.211.

15 RS 784.101.1.

16 RS 784.104.

17 Les décisions de délégation ont été prises par l'OFCOM le 28 septembre 2005 (Swisscom, Orange et Sunrise) et le 31 août 2007 (Tele2).

18 RS 942.211.

préalable et qui peut impliquer la transmission de plusieurs unités d'informations («push»), telles que textes, images ou séquences audio ou vidéo, il doit être informé gratuitement et clairement, avant l'activation du service, d'un certain nombre d'éléments dont la taxe de base qui sera éventuellement perçue, le prix à payer par unité d'information, la manière de procéder pour désactiver le service et le nombre maximum d'unités d'informations par minute (al. 1). En outre, les taxes ne peuvent être prélevées qu'après que le consommateur a eu connaissance des informations ci-avant et qu'il a expressément confirmé qu'il acceptait l'offre (al. 2). Le projet de modification de l'art. 11b OIP, qui devrait entrer en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2010 dans la foulée des modifications des ordonnances d'exécution de la LTC, prévoit un durcissement du second alinéa, en ce sens que l'acceptation de l'offre ne pourra désormais se faire que par le biais de l'«installation terminale mobile» elle-même. Cette mesure permettra d'éviter que des clics précipités et inattentifs sur le site internet d'un fournisseur de services soient interprétés par ce dernier comme une acceptation expresse de son offre. Il arrive en effet que le fournisseur mette à disposition du consommateur une plateforme web, laquelle est souvent atteignable d'un simple clic sur une alléchante bannière publicitaire. Dite plateforme présente en règle générale la façade ludique d'un quizz, d'un test ou d'un concours mais vise bien plutôt à faire s'abonner à des services «push» payants des utilisateurs inattentifs. Les indications selon lesquelles il s'agit en fait de la conclusion d'un abonnement payant figurent généralement en petits caractères placés de manière à ce que l'utilisateur moyen ne s'en aperçoive guère. Ce nécessaire projet de modification vise ainsi à obliger le fournisseur de services de recueillir la confirmation de l'acceptation de l'offre exclusivement par le biais de l'appareil mobile sur lequel le consommateur reçoit son service et par rapport auquel la facturation interviendra.

#### **D. Ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication (OST)<sup>19</sup>**

Aux termes de l'art. 36, al. 1 OST, les services à valeur ajoutée doivent pouvoir être clairement reconnaissables pour les utilisateurs.

S'agissant de la tarification, aux termes de l'art. 39, al. 3 OST, lorsque les services à valeur ajoutée requièrent l'inscription préalable du client et peuvent impliquer la transmission de plusieurs unités d'information, ni la taxe par unité d'information ni la somme des taxes perçues pour les unités d'information transmises par le fournisseur en l'espace d'une minute ne peuvent excéder 5 francs.

De plus, la somme de toutes les taxes (taxe de base, taxes fixes et taxes calculées en fonction du temps d'utilisation du service) ne peut pas excéder 400 francs par communication ou par inscription.<sup>20</sup>

Les fournisseurs de services de télécommunication au bénéfice d'une autorisation de gérer et d'attribuer des numéros courts pour services SMS et MMS au sens des art. 15a ss ORAT<sup>21</sup> doivent offrir à leurs clients la possibilité de bloquer gratuitement l'accès aux numéros courts qu'ils ont attribués pour tous les services SMS et MMS payants.<sup>22</sup> Enfin, au titre de la protection des mineurs, lesdits fournisseurs de services de télécom-

munication doivent bloquer l'accès aux numéros courts pour les services SMS et MMS à caractère érotique ou pornographique, ce aussi longtemps que le client ou l'utilisateur désigné est âgé de moins de 16 ans, pour autant qu'ils aient pu prendre connaissance de cette information.<sup>23</sup>

#### **E. Loi fédérale du 8 juin 1923 sur les loteries et les paris professionnels<sup>24</sup> et ordonnance du 27 mai 1924 relative à la loi fédérale sur les loteries et les paris professionnels<sup>25</sup>**

Certains services surtaxés permettant de participer à un tirage au sort de valeurs en espèces sont susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition des loteries s'il n'apparaît pas de façon suffisamment claire que l'utilisateur a la possibilité de participer avec les mêmes chances de gain sans bourse délier. Dans une affaire de concours télévisé organisé par le biais de numéros à valeur ajoutée, le Tribunal fédéral a ainsi estimé qu'il s'agissait d'une opération illicite analogue aux loteries et justifiant la révocation des numéros surtaxés utilisés.<sup>26</sup>

#### **F. Code pénal suisse (CP)<sup>27</sup>**

Certains services pourraient – en théorie à tout le moins – être constitutifs d'infractions pénales. On peut en particulier songer à l'escroquerie<sup>28</sup>, à la pornographie<sup>29</sup> ou à l'usure<sup>30</sup>.

#### **G. Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)<sup>31</sup>**

A teneur de l'art. 3, lit. o LCD, un SMS/MMS publicitaire ne peut en principe être adressé à un usager que si ce dernier a donné son accord préalable pour recevoir de tels messages.

#### **H. Loi fédérale sur la protection des données (LPD)<sup>32</sup>**

En fonction du type d'informations recueillies par le fournisseur de prestations, la LPD est susceptible de trouver application. L'art. 4 LPD prévoit que tout traitement de données doit être licite et que ledit traitement doit être effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité. Dans le cas présent, cela signifie que le traitement des données personnelles recueillies dans le cadre d'une offre de service surtaxés (telles que par exemple numéro de téléphone, nom et

19 RS 784.101.1.

20 Art. 39, al. 4 OST.

21 Soit Swisscom, Orange, Sunrise et Tele2.

22 Article 40 OST.

23 Article 41 OST.

24 RS 935.51.

25 RS 935.511.

26 ATF 132 II 240 (d).

27 RS 311.0.

28 Art. 146 CP.

29 Art. 197 CP.

30 Art. 157 CP.

31 RS 241.

32 RS 235.1.

adresse postale) doit se conformer à ces principes. En particulier, le but indiqué à l'appui de la collecte doit être réel et ne pas dissimiler d'autres intentions, par hypothèse illicites.

### III. Discussion juridique et procédure

#### 1. Discussion juridique de lege lata

La portée pratique de l'art. 13 LRTV – qui prévoit que la publicité qui s'adresse aux mineurs ou dans laquelle apparaissent des mineurs ne doit pas exploiter leur manque d'expérience ni porter atteinte à leur développement physique et psychique – est difficile à mesurer du fait que, contrairement à ce que prévoyait le Message relatif à la révision totale de la loi fédérale sur la radio et la télévision du 18 décembre 2002<sup>33</sup>, l'ordonnance d'application (ORTV) ne comprend aucun article de nature à concrétiser l'objectif légal. Dans cette mesure, cette disposition reste de prime abord une norme programmatique aux contours assez flous. L'incertitude est d'autant plus grande que l'art. 13 LRTV n'a donné lieu à aucun cas d'application à ce jour. Il en est de même de l'art. 11, al. 3 CETT dont la portée n'apparaît au demeurant pas plus grande que celle de la norme de droit interne suisse, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de l'examiner ici séparément. Il ne faudrait toutefois pas déduire de l'actuel silence jurisprudentiel que les dispositions précitées sont vouées à ne jamais trouver application. A teneur de l'art. 13 LRTV, la publicité qui s'adresse aux mineurs doit en effet ne pas exploiter leur manque d'expérience. On ne peut que constater, sur la base d'une observation empirique, qu'une grande partie des publicités pour les services qui font l'objet de la présente contribution est potentiellement problématique. A grand renforts de couleurs acidulées – ce qui est conforme au besoin du prestataire de service de mettre en évidence son produit – mais surtout en proposant, à titre onéreux, sous forme très accrocheuse des solutions inexécutables liées à des préoccupations majeures de la vie adolescente (difficultés sentimentales, succès social, argent, sexe, etc.), on doit constater que le marché des SMS/MMS surtaxés a rapidement évolué depuis les très classiques offres de sonneries et logos. Le caractère apparemment impossible de certaines prestations<sup>34</sup> s'inscrit dans une exploitation potentielle de la candeur adolescente, ce d'autant que, contrairement à ce qui est fréquemment le cas dans d'autres pays<sup>35</sup>, les publicités en question ne comprennent pas de mention explicite selon laquelle il ne s'agit d'une prestation purement récréative dépourvue de tout caractère sérieux. La question du coût des services ne saurait en outre être occultée. Il n'est ainsi pas rare qu'une prestation de «compatibilité entre deux prénoms» soit facturée au prix de CHF 10.– (soit par exemple 5 SMS/MMS à CH 2.– l'unité, en système «push»), ce qui peut apparaître comme très élevé au regard du caractère essentiellement aléatoire et automatisé de sa mise en œuvre. Sans préjuger de la qualité des offres – ce qui n'est pas le propos de la présente contribution – il s'agit à tout le moins d'un indice d'une possible exploitation de l'inexpérience des mineurs – et de la particularité de leur rapport à l'argent – par certains fournisseurs de contenu. Sous l'angle de la protection des mineurs à tout le moins, force est ainsi de constater une certaine lacune dans l'encadrement des services surtaxés.

## 2. Le droit désiré

### A. L'exemple français

En date du 13 novembre 2007, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a adopté une Délibération relative à la diffusion de messages publicitaires en faveur de services téléphoniques ou SMS surtaxés susceptibles d'exploiter l'inexpérience ou la crédulité des mineurs<sup>36</sup> dans laquelle il expose que, dans le cadre de sa mission de contrôle, il a constaté le développement d'une pratique de messages publicitaires en faveur de services proposant de répondre, moyennant le prix d'un SMS surtaxé ou d'une communication téléphonique surtaxée, à des questions touchant à des thèmes tels que l'amour, l'amitié ou l'argent. Pour le CSA, les enfants et les adolescents se posent régulièrement ce type de questions et sont donc particulièrement réceptifs à ces messages publicitaires. Il estime que ces derniers sont susceptibles d'abuser de leur crédulité et de leur inexpérience puisque les services proposés ne reposent sur aucune règle scientifique. Dès lors, le Conseil supérieur de l'audiovisuel estime qu'il convient de ne pas exposer le jeune public à de tels messages et indique que ces derniers ne peuvent être diffusés qu'entre minuit et cinq heures par l'ensemble des services de télévision. La solution hexagonale a le mérite de concrétiser le principe de protection de la jeunesse tout en limitant le moins possible la liberté économique des fournisseurs de contenus. En cela, elle forme un consensus intéressant. Une interdiction pure et simple de ce type de publicité, que d'aucuns appellent de leur vœux, serait en effet susceptible d'emporter des effets pervers soit, en particulier, de faire déplacer l'entier de l'effort commercial des fournisseurs de contenus sur des publicités interactives sur internet, ce qui va à l'encontre du but protecteur recherché. Les publicités pour ce genre de services sur internet ne sont en effet pas soumises à la législation – plus protectrice que les normes de droit commun – sur la radio et la télévision. La solution d'une restriction horaire de la diffusion de ces publicités paraît ainsi une voie médiane efficace et pragmatique.

### B. Proposition d'adaptation de l'ORTV

Dans un objectif de densification normative et d'adaptation à l'évolution des communications publicitaires, il serait opportun que toutes les offres de services récréatives ciblant essentiellement le jeune public comprennent obligatoirement une mention lisible du type «à des fins récréatives seulement» et, par ailleurs, de n'en autoriser la diffusion que dans certaines tranches horaires rendant plus difficile leur accès aux mineurs.

33 Cf. nota. ad. art 15.

34 Cf. art. 20 CO. La prestation pourrait parfois être considérée comme étant objectivement impossible (p. ex. «quel sera le caractère de votre futur enfant?»), à tout le moins lorsque l'offre de service n'est pas accompagnée de la déclaration selon laquelle il ne s'agit que d'un service récréatif dépourvu de tout caractère sérieux.

35 On pense notamment aux Etats-Unis d'Amérique.

36 [http://www.csa.fr/infos/textes/textes\\_detail.php?id=125391](http://www.csa.fr/infos/textes/textes_detail.php?id=125391) et [http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20071228&numTexte=100&pageDebut=&pageFin=](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20071228&numTexte=100&pageDebut=&pageFin=)

L'ORTV pourrait ainsi être modifiée par l'ajout d'un article ayant la teneur suivante:

Publicité pour des offres de service SMS/MMS à valeur ajoutée:

«La publicité pour les offres de services SMS et MMS surtaxés qui s'adresse principalement aux mineurs ou dans laquelle apparaissent des mineurs ne peut être diffusée qu'entre minuit et cinq heures du matin.

Par «offre de services s'adressant principalement aux mineurs», on entend notamment toute offre de service ayant trait à l'amour, l'amitié, l'argent ou à tout autre préoccupation adolescente dans la mesure où l'on peut raisonnablement considérer que le concept proposé, le ton adopté, de même que la manière de le promouvoir la destine à un public majoritairement mineur.

Les offres relatives à des services non informatifs ou scientifiques doivent être accompagnées de la mention «à des fins récréatives seulement». Celle-ci doit figurer dans une police et une taille qui la rende lisible sans effort pour le téléspectateur.

Par services informatifs ou scientifiques, on entend les offres dont le contenu ne présente pas un caractère récréatif prépondérant, notamment les prévisions météorologiques, l'éphéméride, les horaires des transports publics et de manifestations, les cours de la Bourse, les résultats sportifs et les informations destinées à des professionnels.

Les limitations visées par cette disposition s'appliquent également aux publicités radiodiffusées, la mention «à des fins récréatives seulement» devant alors être aisément audible.»

### 3. Autorités compétentes et droit applicable

Si le message publicitaire litigieux a été diffusé sur le canal d'un diffuseur suisse, la surveillance est de la compétence exclusive de l'Office fédéral de la communication (OFCOM)<sup>37</sup> qui applique le droit suisse.

Au contraire, lorsque la plainte vise une publicité diffusée par une chaîne étrangère, l'autorité compétente est alors celle du pays de transmission<sup>38</sup> et le droit national de ce dernier est seul applicable.

Enfin, lorsque la plainte est dirigée contre la fenêtre publicitaire suisse d'une chaîne étrangère<sup>39</sup>, l'OFCOM, en vertu du principe de territorialité, n'a pas la possibilité d'intervenir directement auprès du diffuseur.

L'art. 16 CETT<sup>40</sup> prévoit toutefois un aménagement, en ce sens que les messages publicitaires dirigés spécifiquement et fréquemment vers l'audience d'une seule partie autre que la partie de transmission ne doivent pas contourner les règles relatives à la publicité télévisée dans cette partie. En d'autres termes, afin d'éviter des distorsions de concurrence et la mise en péril du système télévisuel d'une partie à la CETT, les fenêtres publicitaires suisses de chaînes étrangères doivent respecter le droit suisse en matière de réclame.<sup>41</sup> Dans un tel cas, ce sont les autorités de régulations de l'Etat de transmission (Conseil supérieur de l'audiovisuel CSA pour la France ou Landeszentrale für private Rundfunkveranstalter LPR pour l'Allemagne) qui entreraient en jeu<sup>42</sup>, avec la particularité qu'elles applique-

raient alors le droit suisse, soit la LRTV et son ordonnance d'application.

Cette procédure n'a été mise en œuvre qu'à une seule occasion.<sup>43</sup> En novembre et décembre 2001, une réclame vantant les mérites du domaine skiable de Flims/Laax/Falera a été diffusée sur trois chaînes de TV suisses (TV3, Viva-Swizz et Star TV), ainsi que sur la fenêtre publicitaire suisse de la chaîne allemande SAT 1. Le spot publicitaire montrait comment les employés de bars du domaine skiable en question se préparaient à la saison en commandant des boissons alcoolisées. L'OFCOM a ouvert une procédure à l'endroit des trois diffuseurs suisses, estimant que cette réclame violait l'interdiction de diffuser de la publicité pour de l'alcool, laquelle était prohibée sous l'empire de la LRTV de 1991, et a infligé une amende aux diffuseurs précités. L'OFCOM n'était en revanche pas compétent pour ouvrir une enquête visant SAT 1, puisque sa fenêtre publicitaire suisse avait reçu une concession de la LPR, instance compétente en Allemagne pour les diffuseurs privés, et qu'elle était donc sous la surveillance exclusive de l'autorité de surveillance allemande. Se basant sur la CETT, l'OFCOM avait prié l'organe de surveillance allemand d'examiner les mesures susceptibles d'être prises contre SAT 1. Une procédure a ensuite été ouverte contre la chaîne, en application des dispositions suisses en matière de publicité radiotélévisée, laquelle s'est achevée par un constat de violation des dispositions légales suisses interdisant la publicité pour l'alcool. En dépit d'une certaine complexité, un tel système de surveillance a le mérite de permettre que diffuseurs suisses et fenêtres publicitaires suisses de diffuseurs étrangers soient traités sur un pied d'égalité et d'éviter que les fenêtres publicitaires suisses des chaînes étrangères parviennent à contourner le droit suisse applicable.

### IV. Conclusion

La protection des mineurs passe assurément par un encadrement plus strict de la publicité télévisée pour les services surtaxés. Les brèves de comptoir content inlassablement ces

37 Art. 86 al. 1 LRTV.

38 Art. 3 CETT; la convention parle de la «Partie de transmission».

39 Par exemple celle de M6 (Métropole télévision, France).

40 Dans sa teneur modifiée par l'art. 22 du protocole du 1<sup>er</sup> octobre 1998, RS 0.784.405.1.

41 Le projet de révision de la LRTV (<http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/03026/03029/index.html?lang=fr>), en relation avec le programme MEDIA de l'Union européenne, aurait pour effet d'introduire le «principe du pays d'origine». En d'autres termes, les fenêtres publicitaires suisses de diffuseurs étrangers seraient soumises à la législation du pays d'émission et non au droit suisse. Un aménagement est toutefois prévu en ce sens que des prescriptions publicitaires plus strictes pourront être soulevées dans le cadre d'une procédure de conciliation, à la condition qu'elles soient proportionnées, non discriminatoires et dans l'intérêt public. Voir à ce sujet Masmejan Denis, «Les fenêtres publicitaires: avec ou sans alcool?» in *medialex* 2009, p. 1 ss.

42 Art. 5 CETT.

43 <http://www.uvek.admin.ch/dokumentation/00474/00492/index.html?lang=fr&msg-id=1739>.

mésaventures où des adolescents, appâtés par le graphisme aléchant des offres et la facilité des solutions proposées, voient leur facture de téléphone augmenter de façon démesurée. Nombre de services proposés jouent en effet, plus ou moins directement et avec une subtilité variable, sur les doutes propres à l'adolescence. Une telle approche n'est pas acceptable et doit être entravée par des instruments efficaces. Le cantonnement à des heures tardives paraît ainsi une solution raisonnable et pragmatique, à défaut d'être parfaite. Du côté des services surtaxés eux-mêmes, il faut admettre que des efforts ont été consentis par les acteurs du marché. On pense en particulier à la mise en place d'un «Code de conduite relatif aux services de téléphonie mobile à valeur ajoutée»<sup>44</sup>, lequel se veut une base commune pour la conclusion de réglementations contractuelles entre les fournisseurs de services de télécommunication et les fournisseurs de services mobiles<sup>45</sup>. Ce Code de conduite s'est donné comme objectif la compréhension commune et l'application uniforme des dispositions de l'OST et de l'OIP et réglemente par ailleurs en détails la gestion et l'utilisation des numéros courts (mots clés, indications des prix, information au consommateur, etc.). D'aucuns, et en particulier les associations de protection des consommateurs<sup>46</sup>, considèrent toutefois que la réglementation actuelle est insuffisante. Ils exigent notamment que le mot clé de désactivation du service figure obligatoirement dans chaque message reçu, que la volonté de souscrire un abonnement ressorte clairement du texte à envoyer pour s'inscrire et enfin qu'il soit indiqué clairement et en tête du premier message qu'il s'agit d'un abonnement payant. En cela, ils ne se satisfont pas du projet de modification de l'OIP<sup>47</sup>, moins contraignant. L'absence, en Suisse, de procédures visant les services surtaxés peut être imputée à la relative modicité des montants *individuellement* dépensés par le consommateur. Cela ne signifie en rien que la réglementation actuelle soit suffisante, en particulier au vu du développement fulgurant de ces services. En tout état de cause, il faut garder à l'esprit que ce n'est que par une réglementation globale et coordonnée des services SMS/MMS surtaxés et de leur publicité télévisée que l'on pourra raisonnablement tendre à assurer le principe général de la protection des mineurs.

---

**Résumé** La publicité radio-tv pour les SMS/MMS surtaxés suscite certaines interrogations sous l'angle du principe de protection de la jeunesse. Au vu du développement fulgurant de ces services électroniques dits à valeur ajoutée, la question se pose en effet de savoir si leur réclame ne devrait pas être encadrée plus sévèrement, comme c'est déjà le cas en France avec des restrictions horaires de diffusion. Si les services surtaxés font l'objet de réglementations de plus en plus contraignantes, leur publicité radiodiffusée reste en revanche relativement libre. La modification de l'ORTV est l'une des voies imaginables pour pallier cette brèche.

---

---

**Summary** Radio and television advertising for premium rate SMS/MMS services raises certain questions from the point of view of youth protection. Given the lightning development of these so-called "added value" electronic services, it is legitimate to ask whether their promotion should not be subjected to a tighter framework, as is already the case in France, where there are restrictions on the times of day at which they can be broadcast. Although premium rate services are the subject of ever more restrictive regulation, broadcast advertising for such services remains relatively free. Amendments to the ORTV could be imagined as a way of filling this gap.

---

---

44 [http://mobiletechnics.ch/files/downloads/code\\_of\\_conduct\\_v3\\_fr.pdf](http://mobiletechnics.ch/files/downloads/code_of_conduct_v3_fr.pdf).

45 Ou fournisseurs de contenu.

46 <http://www.frc.ch/pages.php?id=553>.

47 <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00909/03153/index.html?lang=fr>.