

Carmen Tamara UNGUREANU

**Drept internațional privat
european în raporturi
de comerț internațional**

Editura
Tamangiu
2021

XIII. Publicitatea comercială în dreptul internațional privat european

1. Reglementări europene privind publicitatea comercială
2. Clarificarea noțiunilor privind publicitatea comercială
 - 2.1. Ce este publicitatea comercială?
 - 2.2. Tipuri de publicitate comercială
 - 2.2.1. Publicitatea comercială online
 - 2.2.2. Publicitatea comercială audiovizuală
3. Participanții la publicitatea comercială. Participanții în publicitatea online (RTB). *Influencerii*. Rolul *neuromarketing*
4. Forme de publicitate comercială ilicite
 - 4.1. Forme de publicitate comercială ilicite în Directiva 2005/29
 - 4.2. Forme de publicitate comercială ilicite în Directiva 2006/114
 - 4.3. Forme de publicitate comercială ilicite în Directiva audiovizualului
5. Sancțiuni aplicabile publicității comerciale ilicite conform directivelor europene și dreptului național
 - 5.1. Sancțiunile și competența aplicării lor în temeiul Directivei 2005/29
 - 5.2. Sancțiunile și competența aplicării lor în temeiul Directivei 2006/114
 - 5.3. Sancțiunile și competența aplicării lor în temeiul Directivei 2010/13/UE revizuită 2018
6. Publicitatea comercială și dreptul internațional privat european
 - 6.1. Instanța competentă pentru soluționarea litigiilor referitoare la publicitatea comercială
 - 6.2. Legea aplicabilă pentru soluționarea litigiilor referitoare la publicitatea comercială
 - 6.2.1. Legea aplicabilă în cazul în care publicitatea comercială afectează concurența comercială
 - 6.2.2. Cine răspunde pentru publicitatea comercială ilicită?

Publicitatea comercială este o materie la confluența mai multor discipline juridice (dreptul concurenței, dreptul protecției consumatorilor, dreptul proprietății intelectuale, protecția datelor cu caracter personal, comerțul electronic), combinând, în același timp, aspectele juridice cu cele economice, de etică și psihologie.

Publicitatea comercială este un instrument de marketing^[1] absolut necesar profesioniștilor pentru promovarea produselor/serviciilor lor în „lupta” dusă în vederea „cuceririi” consumatorului și a succesului pe piață în raport cu competitorii.

[1] A. ALMĂȘAN, *Dreptul concurenței*, Ed. C.H. Beck, București, 2018, p. 280.

1. Reglementări europene privind publicitatea comercială

La nivelul UE publicitatea comercială este reglementată în mai multe acte normative cu caracter general, toate directive, care au fost transpuse în legislațiile naționale ale statelor membre. Prin urmare, a fost realizată o armonizare în această materie, deși nu totală, care însă, în prezent, necesită adaptări determinate de evoluția tehnologiei, mai ales a Internetului. Sectorial, publicitatea comercială este supusă unor reglementări speciale, de exemplu, specifice industriei alimentare, medicamentelor, instrumentelor financiare, finanțării participative (*crowdfunding*)^[1] ș.a.

Reglementări generale referitoare la publicitatea comercială se regăsesc în principal, în următoarele acte normative europene:

– Directiva 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori^[2] (în continuare, Directiva 2005/29), transpusă în legislația din România prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor^[3]; reglementări cu privire la concurența neloială se regăsesc și în Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale^[4];

– Directiva 2006/114/CE privind publicitatea înșelătoare și comparativă^[5] (în continuare, Directiva 2006/114), transpusă în legislația din România prin Legea nr. 158/2008 privind publicitatea înșelătoare și publicitatea comparativă^[6];

– Directiva 2010/13/UE a serviciilor mass-media audiovizuale^[7] (în continuare, Directiva audiovizualului), transpusă în Legea audiovizualului

[1] Art. 25 din Regulamentul (UE) 2020/1503 privind furnizorii europeni de servicii de finanțare participativă pentru afaceri și de modificare a Regulamentului (UE) 2017/1129 și a Directivei (UE) 2019/1937, J.O. L 347 din 20 octombrie 2020.

[2] Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului („Directiva privind practicile comerciale neloiale”), J.O. L 149/22 din 11 iunie 2005.

[3] M. Of. nr. 899 din 28 decembrie 2007, cu modificările și completările ulterioare.

[4] M. Of. nr. 24 din 30 ianuarie 1991, cu modificările și completările ulterioare.

[5] Directiva 2006/114/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 decembrie 2006 privind publicitatea înșelătoare și comparativă, J.O. L 376/21 din 27 decembrie 2006.

[6] Republicată în M.Of. nr. 454 din 24 iulie 2013.

[7] Directiva 2010/13/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 10 martie 2010 privind coordonarea anumitor dispoziții stabilite prin acte cu putere de lege

nr. 504/2002, cu modificările și completările ulterioare^[1]; Directiva audiovizualului a fost recent modificată prin Directiva 2018/1808/UE (care este în curs de a fi transpusă în legislația din România, termenul impus și depășit fiind 19 septembrie 2020^[2]),

– Directiva 2000/31/CE a comerțului electronic^[3] (care conține anumite prevederi referitoare la comunicările comerciale), transpusă în legislația națională prin Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic^[4];

– în propunerea de regulament european din 15 decembrie 2020, *Digital Service Act*^[5] există prevederi cu privire la publicitatea comercială, în art. 24 și art. 30 (transparența publicității online) și în art. 36 (coduri de conduită pentru publicitatea online); de asemenea, în propunerea de regulament european din 15 decembrie 2020, *Digital Markets Act*^[6] referiri la publicitate apar în art. 2 lit. (h) și în art. 5.

În dreptul internațional privat european nu există reglementări speciale referitoare la publicitatea comercială. În cazul în care faptele privind publicitatea comercială sunt calificate ca delict, atunci normele de competență jurisdicțională sunt cele din Regulamentul Bruxelles I bis, iar pentru stabilirea legii aplicabile se aplică prevederile din Regulamentul Roma II.

sau acte administrative în cadrul statelor membre cu privire la furnizarea de servicii mass-media audiovizuale (Directiva serviciilor mass-media audiovizuale), J.O. L 95/1 din 15 aprilie 2010.

[1] M. Of. nr. 534 din 22 iulie 2002.

[2] O procedură de infringement a fost declanșată la 23 noiembrie 2020 împotriva a 23 state membre UE, care nu au transpus directiva în termenul stipulat, printre care și România; informație disponibilă online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_2165, consultată la 2.02.2021.

[3] Directiva 2000/31/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2000 privind anumite aspecte juridice ale serviciilor societății informaționale, în special ale comerțului electronic, pe piața internă (directiva privind comerțul electronic), J.O. L 178/1 din 17 iulie 2000.

[4] Republicată în M. Of. nr. 959 din 29 noiembrie 2006, cu modificările și completările ulterioare.

[5] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (*Digital Services Act*) and amending Directive 2000/31/EC, Brussels, 15.12.2020 COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD), disponibil online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM:2020:825:FIN>, consultat la 2.02.2021.

[6] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (*Digital Markets Act*), Brussels, 15.12.2020 COM(2020) 842 final 2020/0374 (COD), disponibil online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=COM:2020:842:FIN&from=en>, consultat la 2.02.2021.

2. Clarificarea noțiunilor privind publicitatea comercială

Pentru înțelegerea acestui domeniu complex al publicității comerciale vor fi clarificate, mai întâi, noțiunea de publicitate comercială în directivele europene și în dreptul național din România, pentru ca apoi să fie prezentate, pe scurt, tipurile de publicitate comercială, insistând mai mult pe formele publicității utilizate cu precădere în epoca digitalizării.

2.1. Ce este publicitatea comercială?

Potrivit art. 2 lit. (a) din Directiva 2006/114, prin *publicitate* se înțelege „orice formă de prezentare a unei activități comerciale, industriale, artisanale sau liberale în scopul promovării furnizării de bunuri sau servicii, inclusiv bunuri imobile, drepturi și obligații”. Aceeași semnificație are și în Legea nr. 158/2008 [art. 3 lit. (a)]. Deși Directiva 2006/114 are ca scop *protejarea comercianților* împotriva publicității înșelătoare și a consecințelor defavorabile ale acesteia și stabilirea condițiilor în care publicitatea comparativă este permisă (art. 1), indirect profită și consumatorilor.

În Directiva 2005/29, care are ca scop principal *protecția consumatorilor* privind practicile comerciale neloiale, care aduc atingere intereselor lor economice (art. 1), *publicitatea comercială* se numără printre practicile comerciale ale întreprinderilor față de consumatori [fiind definite în art. 2 lit. (d) ca orice acțiune, omisiune, comportament, demers sau comunicare comercială, inclusiv *publicitatea* și comercializarea, efectuată de un comerciant, în directă legătură cu promovarea, vânzarea sau furnizarea unui produs către consumatorii].

În Directiva 2010/13, care în ultima ei formă din 2018 se aplică și *platformelor de partajare a materialelor video ce oferă conținut audiovizual*, publicitatea comercială este o formă de comunicare comercială audiovizuală. Conform art. 1 lit. (h), prin *comunicare comercială audiovizuală* se înțelege *imagini cu sau fără sunet* care au ca scop să promoveze, direct sau indirect, bunurile, serviciile sau imaginea unei persoane fizice sau juridice *care desfășoară o activitate economică; imaginile respective însoțesc sau sunt incluse într-un program sau într-un material video generat de utilizator în schimbul unei plăți sau retribuții similare* sau în scopul *autopromovării*. Formele de comunicare comercială audiovizuală includ, printre altele, *publicitatea televizată*, sponsorizarea, teleshoppingul și plasarea de produse.

În Directiva comerțului electronic apare noțiunea de *comunicare comercială*, care înseamnă publicitate comercială, definită în art. 2 lit. (f) ca

fiind „orice formă de comunicare destinată să promoveze, direct sau indirect, bunurile, serviciile sau imaginea unei întreprinderi, organizații sau persoane care efectuează o activitate comercială, industrială, meșteșugărească sau exercită una din profesiile reglementate”.

2.2. Tipuri de publicitate comercială

Publicitatea comercială poate fi clasificată în funcție de diferite criterii^[1]. În funcție de modul de difuzare, publicitatea poate fi tradițională și *online*. După mijlocul și forma utilizate, publicitatea comercială poate fi audiovizuală sau scrisă/audio (de exemplu, prin presa scrisă, afișaj stradal, radio etc.), ambele categorii putând fi incluse în publicitatea tradițională sau *online*.

În a doua jumătate a secolului al XX-lea, publicitatea comercială avea la bază, în principal, promovarea brandului/mărcii prin campanii de publicitate desfășurate prin TV, radio, ziare, adresate *publicului larg*. Internetul a determinat migrarea publicității comerciale *online*, unde profesioniștii care urmăreau să-și promoveze produsele/serviciile au fost obligați să lupte pentru captarea atenției consumatorilor, atenție dispersată pe diverse dispozitive online. Aceasta a determinat trecerea de la campaniile de publicitate de promovare a brandului la publicitatea adresată unui grup de persoane, prin *profilare*, cu concursul industriei datelor^[2].

Publicitatea comercială tradițională este din ce în ce mai puțin utilizată. Dezvoltarea tehnologiei a condus la utilizarea Internetului de către furnizorii de servicii audiovizuale tradiționale (în special de televiziune – *Internet Protocol Television*, IPTV) și la apariția unui număr practic nelimitat de noi furnizori și de noi forme de servicii audiovizuale^[3].

Internetul este legat și de fenomenul multimedia. În epoca analogică, înainte de dezvoltarea Internetului, cuvântul scris, sunetul și imaginea, în special în mișcare, erau separate între ele într-un mod destul de riguros. Ziarele

^[1] Nu vor fi analizate toate în această lucrare. Pentru detalii, S. FROLOVA, *The role of advertising in promoting a product*, teză, 2014, disponibil online: https://www.theseus.fi/bitstream/handle/10024/80777/Frolova_Svetlana.pdf, consultat la 28.01.2021.

^[2] L. LECHARDOY, A. SOKOLYANSKAYA, F. LUPÍÁÑEZ VILLANUEVA, *Transparency in the business-to business commercial relations in the online advertising market*, Study on „Support to the Observatory for the Online Platform Economy”, 2020, p. 13, disponibil online: <https://platformobservatory.eu/news/analytical-paper-transparency-in-the-business-to-business-commercial-relations-in-the-online-advertising-market/>, consultat la 29.01.2021.

^[3] Concluziile avocatului general Maciek Szpunar la C.J.U.E., cauza *New Media Online* (C-347/14), punctul 23.

și cărțile reprezentau sursa cuvântului scris, eventual ilustrat cu fotografii sau cu desene, radioul era un mijloc exclusiv sonor, iar cinematograful și televiziunea un mijloc audiovizual, care combina, prin urmare, imaginile în mișcare cu sunetul. Internetul permite răspândirea în rândul publicului de conținut care include aceste trei forme de transmisie sub forma unui întreg. În acest mod, portalurile de informare pe Internet nu sunt obligate să se limiteze doar la text, ci îl pot ilustra și completa cu materialul video^[1].

Asta înseamnă că publicitatea comercială online, practic, se identifică cu publicitatea comercială audiovizuală, conducând la aplicarea regulilor acesteia din urmă, cu caracter general, deci oricărei forme de publicitate audiovizuale, indiferent de mijlocul de difuzare. De altfel, din Directiva 2018/1808 rezultă că aceasta are aplicabilitate generală, toate subiectele implicate în comunicări comerciale audiovizuale trebuind să se supună regulilor acesteia, indiferent care este nivelul lor de acțiune^[2].

În continuare vor fi prezentate, pe scurt, caracteristicile publicității comerciale *online* și ale publicității comerciale audiovizuale, cu precizarea că includerea într-o categorie sau alta are la bază criterii diferite și că acestea pot coincide, în anumite condiții.

2.2.1. Publicitatea comercială online

Publicitatea comercială online poate fi clasificată în două categorii principale^[3]: *search advertising* și *display advertising*^[4].

Search advertising înseamnă reclame care apar pe un site *web*, atunci când utilizatorul caută ceva anume, introducând un cuvânt cheie într-un motor de căutare, cum ar fi Google. De exemplu, dacă utilizatorul caută un *espressor*, în afară de rezultatele care privesc *espressoare* (așa cum sunt afișate de algoritmul motorului de căutare), utilizatorul „primește” și

^[1] Concluziile avocatului general Maciek Szpunar la C.J.U.E., cauza *New Media Online* (C-347/14), punctul 24.

^[2] M. REALE, *Digital Market, Bloggers, and Trendsetters: The New World of Advertising Law*, în *Laws*, vol. 8, nr. 3/2019, p. 13, disponibil online: <https://doi.org/10.3390/laws8030021>, <https://www.mdpi.com/2075-471X/8/3/21>, consultat la 28.01.2021.

^[3] Unii autori consideră că sunt patru categorii, în plus față de *search* și *display advertising* adăugându-se *classified advertising* și alte forme, cum este publicitatea prin *sms* sau *email*; în acest sens, L. LECHARDY, A. SOKOLYANSKAYA, F. LUPIAÑEZ VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 15.

^[4] D. GERADIN, D. KATSIFIS, *An EU competition law analysis of online display advertising in the programmatic age*, în *European Competition Journal*, vol. 15, nr. 1/2019, p. 59, disponibil online: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2019.1574440>, consultat la 27.01.2021.

alte rezultate, așa numitele reclame „plătite”^[1]. Acest tip de publicitate este eficient în ceea ce privește decizia utilizatorului de a încheia un contract, ca rezultat al promovării bunului/serviciului respectiv.

Display advertising este o formă de publicitate mai apropiată de publicitatea tradițională și constă în afișarea de reclame, sub formă de text, imagine, video pe website-ul furnizorului de servicii de partajare a publicității, adică a celui care difuzează publicitatea^[2]. De exemplu, o reclamă la un film nou, care apare pe prima pagină a unui ziar online. Acest tip de publicitate nu este atât de eficient ca *search advertising*, dar conduce la rezultate mai bune în ceea ce privește promovarea unei mărci anume sau a unui anumit comerciant^[3].

Display advertising, la apariția ei, nu era diferită de publicitatea tradițională^[4], decât prin aceea că avea o formă electronică. Persoana care voia să-și promoveze serviciile/ produsele negocia și încheia contracte cu profesionistul care urma să difuzeze reclama (de exemplu, ziarul online). Această modalitate prezenta inconveniente pentru ambele părți: negocierea și încheierea contractelor era cronofagă, presupunea antrenarea unui număr mare de persoane, publicitatea era limitată la un număr precis de furnizori online de publicitate, aceștia din urmă (în continuă creștere) confruntându-se cu riscul de a nu umple tot spațiul publicitar disponibil pe pagina lor web.

Dezvoltarea tehnologică a soluționat toate aceste probleme, în prezent vânzarea-cumpărarea de spațiu publicitar online realizându-se printr-un proces complet automatizat, prin așa zisa *programmatic advertising* sau RTB (*real-time bidding*)^[5]. Vânzarea-cumpărarea de spațiu publicitar are loc prin licitație în timp real, prin utilizarea de algoritmi, „hrăniți” cu date (inclusiv date cu caracter personal)^[6]. Astfel, de fiecare dată când un utilizator accesează un *website* al unui difuzor de publicitate, persoanele care își fac publicitate, prin intermediul unor platforme specializate (care vor fi explicate mai jos), sunt invitate să liciteze în timp real pentru spațiul

[1] A. GOLDFARB, *What is Different About Online Advertising?*, în *Review of Industrial Organization*, vol. 44, nr. 1/2014, p. 117, disponibil online: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11151-013-9399-3>, consultat la 28.01.2021.

[2] A. GOLDFARB, *op. cit.*, p. 117.

[3] D. GERADIN, D. KATSIFIS, *op. cit.*, p. 60.

[4] *Ibidem*.

[5] D. GERADIN, D. KATSIFIS, *op. cit.*, p. 61; L. LECHARDOY, A. SOKOLYANSKAYA, F. LUPIÁÑEZ VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 17.

[6] A se vedea explicația din Capitolul IV. Comerțul electronic în Uniunea Europeană. Industria datelor: participanți, operațiuni, 4.2. Rolul *brokerului* de date în comerțul cu date.

publicitar disponibil pe website-ul respectiv, pentru a difuza reclama lor unui anumit utilizator. Cel care câștigă licitația va avea reclama difuzată pe website și aceasta va fi văzută de utilizatorul cărui îi este adresată (care a accesat pagina respectivă). Întregul proces, din momentul în care utilizatorul introduce adresa website-ului în browser și până când reclama apare pe website, durează câteva fracțiuni de secundă^[1].

Programmatic advertising a determinat mai multe transformări în materia publicității online:

– Profesionistul care își face publicitate pune accent pe destinatarul reclamei și mai puțin pe locul unde apare reclama (pe care website, a cărui difuzor/distribuitor de publicitate); cel care își face publicitate va fi interesat ca reclama lui să apară oriunde, chiar și pe site-uri care nu au vreo legătură cu produsul/serviciul promovat^[2].

– Publicitatea online se bazează pe *date*, inclusiv pe date cu caracter personal; cu cât mai multe date are profesionistul care își face publicitate despre grupul țintă al reclamei, cu atât mai eficientă este publicitatea; profilarea persoanelor joacă un rol important pentru *targeted advertising* (în traducere oficială, marketing direct) și presupune respectarea regulilor GDPR^[3].

– Publicitatea se realizează prin intermediul societăților *ad-tech*, leader fiind Google; o parte însemnată din plata reclamelor ajunge la intermediari și nu la cei care difuzează publicitatea, aceștia din urmă încasând în jur de 30% din câștig^[4].

2.2.2. Publicitatea comercială audiovizuală

Principalul mijloc prin care publicitatea comercială audiovizuală ajunge la publicul larg este televiziunea. Dezvoltarea tehnologiei a influențat publicitatea prin intermediul televiziunii, care, în prezent, este mai apropiată de publicitatea online. Dacă în epoca televiziunii analogice, părțile implicate în publicitatea comercială erau rețeaua de televiziune, profesionistul care cumpăra spațiu de publicitate la TV, audiența (consumatoare de conținut TV) și societățile care măsurau audiența, în TV prin cablu și satelit s-a mai adăugat un participant și anume furnizorul de acces la cablu/satelit. În TV – *over the top (OTT)* se adaugă și alți participanți, cum ar fi furnizorii de servicii

[1] D. GERADIN, D. KATSIFIS, *op. cit.*, p. 61.

[2] D. GERADIN, D. KATSIFIS, *op. cit.*, p. 62.

[3] A se vedea capitolul III. Comerțul electronic în Uniunea Europeană. Industria datelor: participanți, operațiuni.

[4] D. GERADIN, D. KATSIFIS, *op. cit.*, p. 63.

streaming și cei de aplicații *smart TV*^[1]. OTT înseamnă conținut furnizat în filme și TV prin Internet de mare viteză, de exemplu, Netflix^[2]. Acest tip de TV este numit *programmatic TV* și funcționează într-un mod similar cu *programmatic advertising*, așa cum am arătat mai sus.

Potrivit Directivei audiovizualului revizuită, publicitatea comercială audiovizuală se realizează prin *serviciile mass-media audiovizuale* sau prin *servicii de platformă de partajare a materialelor video*. Un *serviciu mass-media audiovizual* este un serviciu în accepțiunea TFUE (art. 56 și art. 57)^[3], scopul principal al acestuia fiind furnizarea de programe, sub responsabilitatea editorială a unui furnizor de servicii mass-media, către publicul larg, în scop informativ, de divertisment sau educativ, prin rețele de comunicații electronice; un astfel de serviciu mass-media audiovizual reprezintă fie o transmisie de televiziune, fie un serviciu mass-media audiovizual la cerere.

Un *serviciu de platformă de partajare a materialelor video* înseamnă un serviciu în accepțiunea TFUE, al cărui scop principal este furnizarea către publicul larg de programe, de materiale video generate de utilizatori, sau de ambele, în scop informativ, de divertisment sau educativ, pentru care *furnizorul platformei de partajare a materialelor video nu are responsabilitate editorială*, prin rețele de comunicații electronice și a căror organizare este stabilită de către furnizorul platformei, inclusiv prin *mijloace automate sau algoritmi*, în special prin afișare, marcare și secvenționare^[4].

Serviciile de platformă se aplică și serviciilor oferite de mijloacele de *comunicare socială*, care au devenit un mediu important pentru schimbul de informații, pentru divertisment și pentru educație, inclusiv *prin asigurarea accesului la programe și la materiale video generate de utilizatori*. Aceste

[1] E.C. MALTHOUSE, E. MASLOWSKA, J.U. FRANKS, *Understanding programmatic TV advertising*, în *International Journal of Advertising*, vol. 37, nr. 5/2018, p. 771-772, disponibil online: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02650487.2018.1461733>, consultat la 28.01.2021.

[2] Disponibil online: <https://www.investopedia.com/terms/o/over-top.asp>, consultat la 28.01.2021.

[3] Art. 57 TFUE: „[...] sunt considerate servicii prestațiile furnizate în mod obișnuit în schimbul unei remunerații, în măsura în care nu sunt reglementate de dispozițiile privind libera circulație a mărfurilor, a capitalurilor și a persoanelor. Serviciile cuprind în special: (a) activități cu caracter industrial; (b) activități cu caracter comercial; (c) activități artisanale; (d) activitățile prestate în cadrul profesiunilor liberale. Fără a aduce atingere dispozițiilor capitolului privind dreptul de stabilire, prestatorul poate, în vederea executării prestației, să își desfășoare temporar activitatea în statul membru în care prestează serviciul, în aceleași condiții care sunt impuse de acest stat propriilor resortisanți”.

[4] Art. 1 lit. (a) și (aa) din Directiva audiovizualului revizuită.

servicii concurează pentru același public și aceleași venituri ca serviciile mass-media audiovizuale. În plus, acestea au un impact considerabil prin faptul că facilitează posibilitatea utilizatorilor de a modela și *influența* opiniile altor utilizatori^[1]. Serviciile oferite de *mijloacele de comunicare socială* sunt supuse regulilor Directivei audiovizualului cu condiția ca *furnizarea de programe și de materiale video generate de utilizatori să constituie o funcționalitate esențială* a serviciului respectiv, adică în cazul în care conținutul audiovizual nu este doar un element auxiliar al activităților serviciului sau nu constituie doar o parte minoră a acestor activități^[2].

Potrivit orientărilor publicate de Comisia Europeană^[3], pentru a stabili *dacă* furnizarea de programe și de materiale video generate de utilizatori *constituie o funcționalitate esențială* a serviciului se aplică patru categorii de indicatori: 1. relația dintre conținutul audiovizual și activitatea sau activitățile economice principale ale serviciului; 2. relevanța cantitativă și calitativă a conținutului audiovizual disponibil în cadrul serviciului; 3. monetizarea conținutului audiovizual sau generarea de venituri din conținutul audiovizual și 4. disponibilitatea unor instrumente destinate să sporească vizibilitatea sau atractivitatea conținutului audiovizual. Absența unuia sau a mai multora dintre indicatori nu conduce în mod automat la concluzia că serviciul nu este o platformă de partajare a materialelor video. Un serviciu îndeplinește *criteriul funcționalității esențiale* în cazul în care, *pe baza unei evaluări globale*, un număr suficient de indicatori analizați sprijină concluzia potrivit căreia conținutul audiovizual furnizat de un serviciu nu este doar un element auxiliar sau o parte minoră a activităților serviciului.

Plecând de la definiția comunicării comerciale audiovizuale din art. 1 lit. (h) din Directiva audiovizualului, rezultă că *vloggerii*, *You-Tuberii* și alții asemenea intră în domeniul de aplicare a Directivei audiovizualului. Astfel, comunicare comercială audiovizuală înseamnă *imagini cu sau fără sunet* care sunt destinate să promoveze, direct sau indirect, bunurile, serviciile sau imaginea unei persoane fizice sau juridice care desfășoară o *activitate economică*, imaginile fiind incluse într-un program sau într-un material video generat de utilizator în *schimbul unei plăți*. Prin *material video generat de utilizator* se înțelege „o serie de imagini în mișcare cu sau fără sunet

[1] Din considerentul 4 din Directiva 2018/1808.

[2] Din considerentul 5 din Directiva 2018/1808.

[3] Comunicarea Comisiei, *Orientări privind aplicarea practică a criteriului funcționalității esențiale din definiția „serviciilor de platformă de partajare a materialelor video” în temeiul Directivei serviciilor mass-media audiovizuale* (2020/C 223/02), p. 5-6, J.O. C 223/3 din 7 iulie 2020.

care constituie un element distinct, indiferent de lungimea acestuia, care este creat de un utilizator și este încărcat pe o platformă de partajare a materialelor video de către utilizatorul respectiv sau de către orice alt utilizator” [art. 1 lit. (ba)];

Formele de comunicare comercială audiovizuală includ, printre altele, *publicitatea televizată, sponsorizarea, teleshoppingul și plasarea de produse*.

Prin *publicitate televizată* se înțelege „orice formă de anunț difuzat fie în schimbul unei plăți, fie al unei retribuții similare sau difuzat în scopuri autopromoționale de către o întreprindere publică sau privată sau de către o persoană fizică în legătură cu o activitate comercială, ramură de activitate, meserie sau profesie pentru a promova furnizarea de bunuri și servicii, inclusiv bunuri imobiliare, drepturi și obligații, în schimbul unei plăți”^[1].

Sponsorizare „înseamnă orice contribuție la *finanțarea* de servicii mass-media audiovizuale, de servicii de platformă de partajare a materialelor video, de materiale video generate de utilizatori sau de programe, efectuată de întreprinderi publice sau private sau de persoane fizice neangajate în activități de furnizare de servicii mass-media audiovizuale sau de servicii de platformă de partajare a materialelor video sau în realizarea de opere audiovizuale, în vederea promovării numelui, a mărcii, a imaginii, a activității sau a produselor proprii”^[2].

Teleshopping „înseamnă oferta directă transmisă publicului în vederea furnizării de bunuri sau servicii, inclusiv bunuri imobiliare, drepturi și obligații, în schimbul unei plăți”^[3].

Plasare de produse „înseamnă orice formă de comunicare comercială audiovizuală constând în includerea sau în menționarea unui produs, a unui serviciu sau a mărcilor acestora, prin inserarea în cadrul unui program sau al unui material video generat de utilizator, în schimbul unei plăți sau retribuții similare”^[4].

3. Participanții la publicitatea comercială. Participanții în publicitatea online (RTB). Influencerii. Rolul neuromarketing

Având în vedere că publicitatea comercială *online* predomină, vor fi prezentați, mai întâi, participanții la această activitate, participare care

^[1] Art. 1 lit. (i) din Directiva audiovizualului.

^[2] Art. 1 lit. (k) din Directiva audiovizualului.

^[3] Art. 1 lit. (l) din Directiva audiovizualului.

^[4] Art. 1 lit. (m) din Directiva audiovizualului.

are la bază încheierea de contracte și se bazează, în special, pe RTB (*real-time bidding*).

În principal, participanții pot fi grupați în două mari categorii: participanții implicați în cererea de publicitate și participanții implicați în distribuirea/difuzarea de publicitate^[1].

În prima categorie, a cererii de publicitate comercială *online*, intră:

– *Profesioniștii care își fac publicitate*, adică promovează produsele sau serviciile lor. Ei creează campanii publicitare sau contractează cu creatorii de publicitate/agenții de publicitate pentru a concepe campanii publicitare pentru ei, definesc audiența țintă potrivit obiectivelor lor de marketing, strategiei alese, bugetului de care dispun.

– *Agențiile de publicitate*, care furnizează, contra cost, strategia, planul de publicitate și campania publicitară pentru profesioniștii care își fac publicitate. Agențiile mari oferă servicii de publicitate prin orice mijloc, inclusiv TV, presă scrisă, digitală, cinema, radio, online. Agențiile mici se concentrează pe *programmatic advertising*. Agențiile de publicitate sunt intermediari.

– *Demand Side Platforms (DSP)* sunt servicii de intermediere, care facilitează agențiilor de publicitate sau profesioniștilor care își fac publicitate cumpărarea de spațiu publicitar din diverse surse, inclusiv *ad exchanges*, *Supply Side Platforms (SSPs)* și proprietari media. Prin intermediul DSP se utilizează algoritmi, se procesează datele utilizatorilor/consumatorilor, se identifică audiența țintă pentru reclame, se evaluează valoarea fiecărui utilizator conform profilului acestuia, se stabilesc prețurile de licitație și se aleg spații publicitare potrivite, în schimbul unui comision stabilit în funcție de valoarea spațiului publicitar licitat sau a unui abonament. De regulă agențiile/profesioniștii care își fac publicitate contractează în paralel cu mai multe DSPs, pentru maximizarea promovării produselor/serviciilor.

Din categoria participanților care distribuie/difuzează publicitate fac parte:

– Difuzorul/distribuitorul de publicitate (*publisher*), care este un proprietar de media, unde utilizatorii/consumatorii caută diverse informații și sunt expuși reclamelor. Difuzorul de publicitate poate fi o platformă, un motor de căutare, un blog, o aplicație, care are disponibile spații publicitare pe care le vinde.

– *Supply Side Platforms (SSPs)*, care sunt intermediari ce permit difuzorilor de publicitate să se conecteze la multiple surse de cerere de publicitate, utilizând algoritmi. SSPs colectează și datele audienței

[1] L. LECHARDOY, A. SOKOLYANSKAYA, F. LUPIÁÑEZ VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 20-22.

difuzorului de publicitate, ceea ce îi permite acestuia din urmă să stabilească prețurile pentru spațiile publicitare. SSPs primesc un comision în funcție de clienții difuzorului.

– Alți intermediari implicați în operațiunea complexă de publicitate comercială online: *Ad Exchanges*, care conectează cererea de publicitate (DSPs, agenții de publicitate) cu distribuirea/difuzarea de publicitate (SSPs, difuzori de publicitate), prin RTB – licitația în timp real de spații de publicitate; intermediari care furnizează datele absolut necesare pentru publicitatea online, cum sunt *Data Management Platforms* (DMP) și alți intermediari ce acționează în domeniul industriei datelor.

În domeniul *publicității comerciale audiovizuale*, participanții sunt, în principal:

– *Profesioniștii care își fac publicitate*, fie direct, fie utilizând serviciile agențiilor de publicitate, care creează pentru ei campanii publicitare.

– Agențiile de publicitate, care acționează ca intermediari.

– Difuzorul/distribuitorul de publicitate, categorie în care intră *serviciile mass-media audiovizuale* (de televiziune sau un serviciu mass-media audiovizual la cerere) și *serviciile de platformă de partajare a materialelor video*, inclusiv *serviciile social media*, care asigură *accesul la programe și la materiale video generate de utilizatori*.

– Diverși intermediari, printre care furnizorul de cablu/satelit, furnizorii de servicii *streaming* și cei de aplicații *smart TV*, precum și intermediarii menționați la participanții în publicitatea online, atunci când publicitatea comercială audiovizuală se identifică cu aceea online și se utilizează RTB.

Un participant activ în toate tipurile de publicitate online, mai ales audiovizuală, este utilizatorul, care nu mai este unul pasiv, ci a devenit un utilizator dinamic, ce joacă un rol important în publicitatea comercială. Acest utilizator dinamic se numește *influencer*. Potrivit unui sondaj realizat în 2019 de *Talkwalker* (una dintre cele mai active platforme de analiză și evaluare a *social media*) din 800 de profesioniști cu afaceri transnaționale, 69% au afirmat că utilizarea publicității prin intermediul *influencer*-ilor reprezintă o prioritate pentru ei^[1].

Influencer-ii, care pot fi *bloggeri*, *vloggeri*, *You-Tubers* etc. acționează pe platforme *social media*, unde își exprimă opiniile personale zilnic, într-un mediu personal, cu privire la anumite produse, servicii, într-un mod natural, construind o relație de încredere cu *followers*, uneori cu mare încărcătură emoțională^[2]. Ei par să exprime gânduri/opinii în mod

^[1] Disponibil online: <https://www.talkwalker.com/case-studies/global-state-influencer-marketing>, consultat la 29.01.2021; în acest sens, M. REALE, *op. cit.*, p. 4.

^[2] M. REALE, *op. cit.*, p. 4.

spontan, total dezinteresat. În realitate, ei plasează produse/servicii în schimbul unei plăți. Acest tip de publicitate comercială a fost caracterizată ca fiind o *publicitate mascată*, care este una dintre formele de publicitate interzise, așa cum vom explica mai jos.

Profioniștii care promovează produsele/serviciile lor direct sau cu ajutorul agențiilor de publicitate pot utiliza și tehnici controversate, care țin de *neuromarketing*.

Neuromarketingul este un domeniu care aplică *neurologia*, *psihologia comportamentală* și noțiuni de economie la marketingul tradițional pentru a înțelege și a analiza ce se întâmplă în creierul uman când este expus la stimuli de marketing (referitori la un produs/serviciu, publicitate), astfel încât să vină cu soluții de optimizare a cererii în raport cu oferta^[1]. Neuromarketingul ridică anumite probleme mai ales etice^[2], dar și juridice, referitoare la protecția persoanelor implicate în cercetarea de neuromarketing și la aplicarea soluțiilor cercetării în publicitatea comercială, care a fost calificată ca fiind o *publicitate subliminală*, ce utilizează tehnici care distorsionează alegerea rațională a consumatorului de produse/servicii^[3].

4. Forme de publicitate comercială ilicite

În directivele europene, care conțin prevederi generale referitoare la publicitatea comercială, unele forme de publicitate sunt interzise, iar altele pot fi permise, dacă îndeplinesc anumite condiții, expres prevăzute în legislație.

[1] M. NÚÑEZ-CANSADO, A. LÓPEZ LÓPEZ, D. CALDEVILLA DOMÍNGUEZ, *Situation of Neuromarketing Consulting in Spain*, vol. 11, 2020, p. 1-2, disponibil online: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32982824/>, consultat la 29.01.2021; Weng Marc Lim, *Demystifying neuromarketing*, în *Journal of Business Research*, nr. 91/2018, p. 205, disponibil online: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0148296318302716>, consultat la 29.01.2021.

[2] Y. ISIL ULMAN, T. ÇAKAR, G. YILDIZ, *Ethical Issues in Neuromarketing: „I Consume, Therefore I am”*, în *Science and Engineering Ethics*, nr. 21/2015, p. 1271–1284, disponibil online: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11948-014-9581-5>, consultat la 29.01.2021.

[3] A. Krausová, *Neuromarketing from a legal perspective*, în *The Lawyer Quarterly*, vol.7, nr. 1/2017, p. 41, disponibil online: <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/221>, consultat la 29.01.2021.