

1. Introduction

Dans un contexte marqué par la convergence des services de radio-télévision traditionnels avec Internet, les formes de communication commerciale tendent à se redéfinir. Elles prennent un caractère multiforme, associant contenus audiovisuels et non audiovisuels et tendent à gommer progressivement la distinction entre contenus éditoriaux et publicités sur laquelle reposait le cadre juridique européen en matière de communication commerciale. Le contexte de convergence voit également émerger de nouveaux acteurs globaux qui dominent le marché de l’affichage publicitaire en ligne¹. L’univers publicitaire en ligne a été le deuxième plus gros média publicitaire en 2012 en Europe – en termes de valeur marché –, juste après la télévision². Et, par ailleurs, celui qui progresse le plus rapidement³. Ce contexte de convergence pose dès lors un défi au regard des valeurs de protection du consommateur, de respect des intérêts généraux⁴ et de traitement équitable qui constituent la pierre angulaire de la réglementation européenne – mais aussi de la Communauté française de Belgique – en matière de service de média audiovisuel. Ces transformations soulèvent de nombreuses questions juridiques. La première d’entre elles porte sans aucun doute sur l’adéquation des règles du décret cordonné sur les services de médias audiovisuel en matière de communication commerciale avec les pratiques actuelles sur les services non linéaires, et singulièrement, les plateformes Internet.

Au vu de ces enjeux, et en vue d’assurer sécurité juridique et traitement équitable entre les services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires, le Collège d’autorisation et de contrôle estime nécessaire de préciser par recommandation les contours juridiques des règles en matière de communication commerciale sur les services non linéaires et la manière dont il les interprétera dans ses décisions à venir. A cette fin, le Collège a souhaité adopter une démarche participative et pragmatique en s’appuyant, d’une part, sur un monitoring des pratiques en matière de communication commerciale des éditeurs de services télévisuels et sonores distribués sur les plateformes Internet (sites Internet, applications, plateformes de partage vidéos et sonore) et, d’autre part, sur une consultation publique lancée en avril 2015. La consultation publique avait pour objectif d’évaluer l’adéquation des règles existantes avec ce nouvel environnement ainsi que la performance des techniques utilisées par les éditeurs responsables des services de médias audiovisuels (SMA) lorsqu’ils utilisent ces plateformes pour distribuer leurs services. En ce sens, les parties intéressées ont été interrogées sur la mise en œuvre des règles prévues par la directive et le décret SMA dans un contexte propre aux plateformes Internet ainsi que sur les éventuelles difficultés rencontrées à cette occasion. La consultation a été adressée à toutes les parties intéressées. Néanmoins, le CSA a sollicité plus particulièrement la participation active des parties prenantes les plus directement concernées : les éditeurs de SMA télévisuels et sonores sur plateformes Internet déclarés au CSA ou non encore déclarés au CSA, les plateformes de partage de vidéos et plateformes

¹ Grece, C., « Le marché européen de la publicité en ligne. Une brève introduction à l’écosystème européen de l’affichage publicitaire en ligne » in Nikoltchev, S., dir., « Les nouvelles forme de communications commerciales à l’heure de la convergence, *IRIS Spécial*, Observatoire européen de l’audiovisuel, 2014, p. 39.

² *Idem*, p. 38.

³ *Ibidem*.

⁴ Ne pas porter atteinte à la dignité humaine, comporter ou promouvoir de discriminations ; assurer une protection des mineurs, etc.

sonores utilisées par les éditeurs de SMA, les principaux acteurs et nouveaux intermédiaires sur le marché de l’affichage en ligne, les associations de protection des consommateurs, et finalement, les utilisateurs, à titre individuel ou collectif.

Sur la base des résultats de cette consultation, du monitoring réalisé par le CSA, du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels et des travaux parlementaires qui y sont associés, de la directive services de médias audiovisuels et de ses considérants ; et enfin sur la base d’une revue de la littérature scientifique, le Collège a émis la présente recommandation en matière de communication commerciale sur les services de médias audiovisuels non linéaires.

2. Champ d’application :

La présente recommandation est applicable aux services de médias audiovisuels non linéaires (2.1) relevant du champ d’application territorial du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels – et partant du champ de compétence du CSA (2.2).

2.1. Un service de médias audiovisuels non linéaire :

- Un service de médias audiovisuel est défini à l’article 1^{er}, 48° du décret : « *un service relevant de la responsabilité éditoriale d’un éditeur de services, dont l’objet principal est la communication au public de programmes télévisuels ou sonores par des réseaux de communications électroniques, dans le but d’informer, de divertir et d’éduquer ou dans le but d’assurer une communication commerciale. Outre les services répondant à cette définition, le télétexte est également considéré comme un service de médias audiovisuels en étant soumis uniquement aux articles 9 à 15, 31, 32 et 41* ».

- L’article 1^{er}, 50° du décret définit le service non linéaire comme suit : « *un service de médias audiovisuels dont les programmes sont destinés à être reçus à la demande et au moment choisi par l’utilisateur, sur la base d’un catalogue de programmes établi par un éditeur de services de médias audiovisuels* ».

En Fédération Wallonie-Bruxelles, la notion de service non linéaire ou service « à la demande » couvre donc tous les services consistant en un catalogue de contenus dont la consommation se fait à la demande. Il s’agit :

- De services télévisuels (VOD et SVOD) :
 - Édité sur le câble : par la RTBF et des éditeurs privés ;
 - Édité sur Internet : par la RTBF et un plus grand nombre d’éditeurs privés (dont certains ne sont pas présents sur le câble). On les appelle aussi web TVs ;
 - Édité sous formes d’applications multiplateformes.
- De services radiophoniques :
 - Édité sur Internet : par la RTBF et des éditeurs privés. On les appelle aussi web radios ;
 - Édité sous formes d’applications multiplateformes.

Ces services de médias audiovisuels non linéaires présentent le plus souvent un contenu hybride incluant des contenus audiovisuels mais aussi non audiovisuels, tels que de l’écrit ou des éléments graphiques. Le Collège d’autorisation et de contrôle s’est déjà prononcé dans la recommandation relative au périmètre de la régulation sur les critères permettant de qualifier un service hybride de SMA. Le Collège s’est fondé sur l’interprétation du critère de l’« objet principal » du service. Puisqu’un SMA ne doit avoir des contenus audiovisuels que comme objet *principal* mais non exclusif,

il n'est donc pas exclu que des contenus non audiovisuels soient intégrés à titre accessoire dans un SMA. Le Collège a ainsi conclu que : *« En application des principes cités plus haut, un service hybride aux contenus à la fois audiovisuels (majoritairement) et autres (accessoirement) pourra donc être qualifié de SMA. Il convient quoi qu'il en soit d'insister sur le fait que le caractère hybride d'un service n'a pas pour effet de restreindre la responsabilité éditoriale de son éditeur. Ce dernier reste responsable de tous les contenus proposés sous sa responsabilité »*⁵.

2.2. Un service relevant du champ d'application territorial du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels :

S'il remplit les sept critères à cumuler pour pouvoir être considéré comme un SMA, un service non linéaire ne tombera dans le périmètre de la régulation mise en œuvre par le CSA en Communauté française que s'il relève également de sa compétence territoriale. A cet égard, relève de cette compétence tout service dont l'éditeur est établi en région de langue française ou en région bilingue de Bruxelles-Capitale pour autant que ses activités puissent être rattachées exclusivement à la Communauté française.

2.3. Dispositions relatives à l'utilisation d'un intermédiaire comme plateforme de partage vidéo ou sonore :

Dans les cas où l'éditeur de services utilise un intermédiaire comme plateforme de partage vidéo ou sonore pour la distribution de son service, les éventuelles infractions aux règles du décret SMA précisées par recommandation du Collège d'autorisation et de contrôle seront évaluées au regard des possibilités de maîtrise de l'éditeur sur le format, le contenu et la présentation de la communication commerciale sur la plateforme utilisée.

3. Le contexte juridique :

3.1. Les formes de communications commerciales :

L'article 1^{er}, 7^o du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels définit la communication commerciale comme suit : *« toute forme de message inséré dans un service de médias audiovisuels qui est conçu pour promouvoir ou vendre, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique. Ces messages sont insérés dans un service de médias audiovisuels moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion. La communication commerciale comprend notamment la communication commerciale interactive, la communication commerciale par écran partagé, la publicité, la publicité virtuelle, le parrainage, le télé-achat, l'autopromotion et le placement de produit »*.

Le législateur de la Communauté française distingue donc huit formes de communications commerciales sur les services linéaires et non-linéaires. Trois d'entre-elles sont de « nouvelles

⁵ Recommandation relative au périmètre de la régulation des services de médias audiovisuels, 29 mars 2012, p. 16. <http://www.csa.be/documents/1713>

formes » : la communication commerciale interactive, la publicité virtuelle et la communication commerciale par écran partagé⁶.

Ces trois formes de communications commerciales sont définies comme suit dans l'article 1^{er} du décret SMA :

- communication commerciale interactive : « *toute communication commerciale insérée dans un service de médias audiovisuels permettant grâce à une voie de retour, de renvoyer les utilisateurs – qui en font la demande individuelle par le biais d'une insertion dans le service d'un moyen électronique d'accès – à un nouvel environnement publicitaire, promotionnel ou commercial* » (article 1^{er}, 8°) ;
- communication commerciale par écran partagé : « *toute communication commerciale diffusée parallèlement à la diffusion d'un programme télévisuel par division spatiale de l'écran* » (article 1^{er}, 9°) ;
- publicité virtuelle : « *publicité incrustée dans l'image ou remplaçant une publicité présente sur le lieu d'un événement, par le biais d'un système d'imagerie électronique modifiant le signal diffusé* » (article 1^{er}, 38°).

Ces trois formes de communication commerciale introduisent dans la législation audiovisuelle la prise en compte d'environnements interactifs, hybrides, dans lesquels des messages commerciaux peuvent apparaître simultanément à un flux audiovisuel, en parallèle ou en surimpression de celui-ci. D'autres formes de communications commerciales existent sur les plateformes ouvertes, c'est-à-dire sur l'Internet. En effet, un monitoring des communications commerciales sur les nouvelles plateformes réalisé par le CSA⁷ a permis d'identifier deux types de formats : ceux présents à l'intérieur d'un flux audiovisuel et ceux présents autour/en dehors du flux audiovisuel.

Les formats de communications commerciales présents à l'intérieur d'un flux audiovisuel sont potentiellement les suivants :

- *Pré-roll* : s'affiche au début de la diffusion de la vidéo ;
- *Mid-roll* : s'affiche au milieu de la diffusion de la vidéo ;
- *Post-roll* : s'affiche à la fin de la diffusion de la vidéo ;
- *Overlay ad* : un display qui s'affiche dans le cadre de la vidéo, généralement légèrement transparent et qui peut être fermé.

Les formats de communications commerciales présents autour d'un flux audiovisuel sont potentiellement les suivants :

- *Le display* (ou bandeau publicitaire, bannière⁸, etc.) : bandeau apparaissant généralement en haut de la page ou sur le côté. Il peut être fixe ou animé ;
- *Le pop-up* : fenêtre apparaissant au moment du chargement d'une page devant celle-ci (si la fenêtre apparaît derrière la page utilisée, il s'agit d'un *pop-under*) ;
- *L'interstitiel* : une page de publicité qui apparaît entre deux pages sur un même site (ou *pré-home* à l'entrée d'un site) et qui recouvre toute la page ;
- *L'habillage de site* : la présentation de l'ensemble du site est modifiée le temps d'une campagne pour être mise aux couleurs de l'annonceur ;

⁶ Elles ont été introduites dans la législation audiovisuelle de la Communauté française par le décret du 19 juillet 2007 qui entendait alors s'aligner sur la Communication interprétative relative à certains aspects des dispositions de la directive « Télévision sans frontières » concernant la publicité télévisée du 23 avril 2004.

⁷ Note au Collège d'autorisation et de contrôle (non publiée) : CSA/CAC/2014.09.25/b.

⁸ Terme généralement utilisé pour le display en haut de page.

- *Le lien publicitaire* : des liens vers des produits ou services à vendre (des vêtements, voyages, etc.), généralement en bas de page.

Le quatrième contrat de gestion de la RTBF conclu pour la période 2013-2017 fait référence dans son article 75, portant sur la « *publicité dans les services en ligne sur internet et via des services de la société de l'information* », aux formats de communications commerciales inclus dans le flux audiovisuel et situés en dehors de celui-ci. Il distingue en effet les publicités displays, d'une part, et les publicités sonores ou audiovisuelles, d'autre part : « *La RTBF est autorisée à insérer, dans ses services en ligne sur Internet et via des services de la société de l'information, de la publicité, en ce compris des jeux-concours, sous quelque forme que ce soit et notamment sous forme d'une part de displays (tels que bannières horizontales et verticales, rectangles ou pavés, « interstitiels », « pop-up », « billboards », habillage de site ou tout autre format similaire) et d'autre part de publicités sonores ou audiovisuelles (« prerol », « midrol » ou « postrol » ou tout autre format similaire), dans le respect de la législation en la matière* » (article 75, § 1^{er}).

3.2. Les règles en matière de communication commerciale :

3.2.1. Linéaire et non linéaire

La directive SMA met en place des régimes distincts pour les services linéaires et non linéaires (à la demande). Le législateur européen définit une réglementation plus souple s'agissant des services à la demande au motif que l'utilisateur pose des choix et exerce donc un contrôle accru sur ce qu'il consomme, ainsi qu'en raison de l'impact que ces services ont sur la société (considérant 58). La communication commerciale est visée au premier chef par cette distinction entre services linéaires et non-linéaires.

Les dispositions en matière de communication commerciale applicables transversalement aux services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires dans la directive SMA peuvent être rassemblées en trois axes :

- un axe consacré à la transparence : les communications commerciales doivent être « *facilement reconnaissables comme telles* », ne peuvent être clandestines et recourir à des techniques subliminales (article 9.1, a et b) ;
- un axe consacré à la protection des personnes et la défense des intérêts généraux : les communications commerciales ne peuvent porter atteinte à la dignité humaine, comporter de discriminations, causer un préjudice aux mineurs, encourager des comportements préjudiciables à la santé, la sécurité ou l'environnement ; enfin la publicité pour les médicaments et traitement médicaux sur ordonnance, pour les cigarettes et produits du tabac est interdite tandis que la publicité pour l'alcool contient des restrictions (article 9.1, c à g, article 9.2) ;
- un axe consacré au parrainage et au placement de produit (articles 10 et 11).

Le considérant 79 de la directive SMA explicite les motifs qui président à la définition d'un tronçon commun aux services linéaires et non-linéaires en matière de communications commerciales : « *La disponibilité de services de médias audiovisuels à la demande élargit le choix du consommateur. Il ne semble dès lors ni justifié ni opportun du point de vue technique d'imposer des règles détaillées régissant les communications commerciales audiovisuelles pour les services de médias audiovisuels à la demande. 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 ».

Lors de la transposition de la directive SMA dans la législation de la Communauté française de Belgique, le législateur a atténué la distinction préconisée par la directive entre services linéaires et non linéaires au motif que l'argument du contrôle opéré par l'utilisateur sur les services non linéaires est utilisé de manière « excessive ». A cet égard, les travaux préparatoires du décret du 5 février 2009⁹ précisent : « *En effet, à partir du moment où l'objectif poursuivi par la réglementation est de protéger le téléspectateur et de veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à l'intégrité de certains programmes, rien ne permet de justifier un traitement différencié entre les programmes reçus de façon linéaire et ceux reçus de façon non linéaire* ». Analysant le considérant 17 de la directive qui énonce que les services à la demande présentent la caractéristique d'être « de type télévisuel », le législateur de la Communauté française ajoute : « *C'est d'ailleurs un des paradoxes de la directive qui, pourtant consciente du fait que les services linéaires et non linéaires sont similaires à plusieurs égards, déroge à une série de principes pour les services non linéaires alors qu'il existe une logique à appliquer ceux-ci de manière commune au linéaire et au non linéaire. A certains égards, le prétexte du contrôle exercé par l'utilisateur sur les services non linéaires est utilisé de manière excessive dans la directive pour justifier un allègement des dispositions à l'égard de ce type de services* »¹⁰.

Ainsi, dans le décret SMA, aucune distinction n'est réalisée entre les services linéaires et non linéaires en matière de communication commerciale, sauf en ce qui concerne la règle quantitative. Celle-ci précise que, dans les cas des services télévisuels et sonores non linéaires, le temps maximum de la publicité et des spots de téléachat, qui ne peut dépasser 20%, se calcule par rapport à la durée du programme et non par rapport à l'heure d'horloge, utilisée comme référence pour les services linéaires (art. 20, § 2 pour les services télévisuels non linéaires et art. 22, § 2 pour les services sonores non linéaires).

L'exposé des motifs du décret du 5 février 2009 montre que le législateur poursuivait l'objectif d'adapter la législation de manière à mieux prendre en compte la réalité du secteur audiovisuel de la Communauté française « *en vue de mieux rencontrer les objectifs d'intérêt général dans un contexte essentiellement caractérisé par une concurrence accrue et des mutations technologiques marquées* »¹¹.

Le quatrième contrat de gestion de la RTBF comporte quant à lui des « *règles particulières pour la communication publicitaire au sein des services de médias audiovisuels linéaires et non-linéaires* » (article 72) ainsi que des règles pour la « *publicité dans les services en ligne sur Internet et via des services de la société de l'information* » (article 75).

Les règles applicables transversalement aux services linéaires et non linéaires peuvent être résumées au sein des axes suivants :

- le premier axe recouvre un corpus de règles qualitatives, déontologiques et de recommandations ;

⁹ *Doc. Parl., P.C.F., 2008-2009, n°634/1, p. 14.*

¹⁰ *Ibidem.* Le commentaire des articles vise la section II du chapitre consacré aux communications commerciales dans le décret SMA : règles particulières pour les services télévisuels linéaires et non-linéaires.

¹¹ Exposé des motifs du décret SMA, p. 3.

- le second axe distingue un ensemble de produits pour lesquels la publicité et le parrainage sont interdits ;
- le troisième axe pose des critères permettant de clarifier les formes de communications commerciales admises et non admises sur le service public ;
- le quatrième axe pose des critères pour la protection des mineurs ;
- le cinquième axe rappelle la responsabilité éditoriale de l'éditeur à l'égard des communications commerciales qu'il diffuse ;
- enfin, le dernier axe précise les règles en matière de placement de produit.

Ces dispositions prévues dans cet article 72 sont applicables sans préjudice des dispositions décrétales.

L'article 75 du quatrième contrat de gestion vise la publicité dans les services en ligne sur Internet et via des services de la société de l'information. L'ancienne version du contrat de gestion (article 59) visait la communication publicitaire au sein des services de médias audiovisuels non linéaires.

Ce nouvel article 75 autorise la RTBF à « *insérer, dans ses services en ligne sur Internet et via des services de la société de l'information, de la publicité, en ce compris des jeux-concours, sous quelque forme que ce soit, et notamment sous forme d'une part de displays (tels que bannières horizontales et verticales, rectangles ou pavés, « interstitiels », « pop-up », « billboards », habillage de site ou tout autre format similaire) et d'autre part de publicités sonores ou audiovisuelles (« prerol », « midrol » ou « postrol » ou tout autre format similaire), dans le respect de la législation en la matière* » (article 75, § 1^{er}).

Ensuite, le § 2 prévoit le principe d'identification de la communication commerciale sur ces nouvelles plateformes : « *La RTBF identifie clairement les contenus publicitaires sur son site Internet, afin que l'internaute sache directement qu'il se trouve en présence de contenus publicitaires* ». Il s'agit de permettre aux internautes d'être vigilants quant à l'intention persuasive du message.

Enfin, selon le dernier § : « *la RTBF ne peut insérer aucune publicité sur le site de La Trois, ni aucune publicité sous forme de « prerol » avant les programmes pour enfants accessibles dans l'offre de services de médias audiovisuels non linéaires de la RTBF* ». Une protection des mineurs est donc explicitement prévue.

3.2.2. Non linéaire : dans le flux et hors du flux audiovisuel

Comme nous l'avons explicité ci-dessus, les services de médias audiovisuels non linéaires présentent généralement un aspect hybride, incluant des contenus audiovisuels mais aussi des contenus non audiovisuels, tels que de l'écrit ou des éléments graphiques. Cette hybridité intrinsèque se retrouve dans les formes de communication commerciale diffusées sur ces SMA (cf. supra). Le contrat de gestion de la RTBF prévoit d'ailleurs explicitement cette distinction en distinguant, sur les services en ligne et les services de la société de l'information, la publicité display des publicités sonores ou audiovisuelles (article 75).

Dans la présente recommandation, le Collège propose de circonscrire les contours juridiques de la communication commerciale sur les SMA non linéaires en distinguant les communications commerciales diffusées dans le flux audiovisuel, d'une part, et en dehors du flux audiovisuel, d'autre part. Une interprétation graduée des règles du décret SMA pour ce qui est diffusé hors du flux et dans le flux se justifie de la manière suivante :

S'agissant du flux audiovisuel, la distinction entre les services linéaires et non linéaires pose question dans son principe même à l'égard de l'utilisateur et dans différentes situations. Par exemple : lorsque l'éditeur d'un service de médias audiovisuels linéaire propose, pendant diffusion, un accès à des contenus similaires en catch-up ou à la demande à travers la fonction replay ; lorsqu'un même programme (par exemple un JT) est disponible à la fois sur un service linéaire et non linéaire ; lorsqu'un site web offre à la fois un service linéaire et non linéaire, etc. Appliquer des règles distinctes à des services presque identiques – ayant pour objet principal la diffusion d'un contenu audiovisuel – peut aboutir à des situations schizophréniques à la fois pour les éditeurs de services, les utilisateurs et le régulateur. Le Collège préconise dès lors, s'agissant des communications commerciales diffusées dans le contenu audiovisuel des services non linéaires, une application stricte des règles du décret SMA et une transposition de la jurisprudence du Collège d'autorisation et de contrôle.

En revanche, les contenus diffusés en dehors du flux audiovisuel des services non linéaires appellent des usages distincts de ceux opérés sur les services linéaires. En effet, ces usages portent sur l'« accessoire » du contenu audiovisuel au sens de la recommandation sur le périmètre de la régulation¹². Comparativement à ce qui a été énoncé ci-dessus, la distinction entre services linéaires et non linéaires est plus nette à l'égard de l'utilisateur. Qui plus est, plusieurs formes de communication commerciale en dehors du flux audiovisuel (display, habillage de site, lien publicitaire) peuvent être évitées par un agrandissement de la vidéo. Le contrôle opéré par l'utilisateur sur son environnement est, ce faisant, plus élevé. Dès lors, sans préjudice de la reconnaissance de la responsabilité éditoriale des éditeurs de services sur les contenus hybrides qu'ils éditent (cf. supra), une interprétation des règles plus souple pour les communications commerciales diffusées en dehors du flux audiovisuel des services non linéaires semble appropriée. Ainsi, le Collège distinguera, d'une part, un socle minimal de règles applicables transversalement aux communications commerciales diffusées à l'intérieur et en dehors du flux audiovisuel et, d'autre part, des règles spécifiques aux communications commerciales diffusées dans le flux audiovisuel.

¹² Recommandation relative au périmètre de la régulation des services de médias audiovisuels, 29 mars 2012, p. 16.

4. Interprétation des règles relatives à la communication commerciale sur les SMA non linéaires

4.1. Règles applicables transversalement aux communications commerciales des SMA non linéaires diffusées dans le flux et en dehors du flux audiovisuel

4.1.1. Contenu – règles qualitatives :

Contexte :

Les grandes règles qualitatives relatives à protection du public et à la défense des intérêts généraux¹³ constituent un socle de base de la législation européenne en matière d'audiovisuel (cf. supra). Elles s'appliquent aux SMA linéaires et non linéaires tant dans le décret que dans la directive SMA.

Règles du décret SMA :

Les articles 10 à 13 du décret SMA portent sur le contenu des communications commerciales.

- L'article 10 dispose que « *la communication commerciale ne peut être contraire aux lois, aux décrets, aux arrêtés ou aux règlements du Collège d'avis du CSA (...) et approuvés par le Gouvernement, qui règlementent la publicité pour certains produits ou services.* »

- L'article 11 dispose que : « *La communication commerciale ne peut pas :*
1° *porter atteinte au respect de la dignité humaine;*
2° *comporter ou promouvoir de discrimination en raison de la prétendue race, de l'origine ethnique, du sexe, de l'orientation sexuelle, de la nationalité, d'un handicap ou de l'âge;*
3° *attenter à des convictions religieuses, philosophiques ou politiques;*
4° *encourager des comportements préjudiciables à la santé ou à la sécurité, notamment par la mise en valeur de comportements violents;*
5° *encourager des comportements gravement préjudiciables à la protection de l'environnement;*
6° *contrevenir aux règles relatives à la propriété littéraire, artistique et industrielle et aux droits de la personne sur son image;*
7° *contenir des références à une personne ou une institution déterminée, de déclarations ou attestations émanant d'elles, sans leur autorisation ou celle de leurs ayants droit.*

- L'article 12 dispose quant à lui que la communication commerciale :

- *ne peut porter sur l'adhésion à une croyance religieuse ou philosophique ;*
- *ne peut avoir trait à des biens ou des services que le Gouvernement désigne par arrêté, sauf dans les conditions fixées par lui, ni être contraire aux lois, arrêtés et directives européennes ; relatives à la publicité pour certains biens ou services.*

- Enfin, l'article 13 porte plus spécifiquement sur la protection des mineurs : « *La communication commerciale ne doit pas porter un préjudice moral ou physique aux mineurs et doit, de ce fait, respecter les critères suivants pour leur protection :*
1° *elle ne doit 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;*
2° *elle ne doit pas inciter directement les mineurs à persuader leurs parents ou des tiers d'acheter les produits ou les services concernés;*

¹³ Ne pas porter atteinte à la dignité humaine, comporter ou promouvoir de discriminations ; assurer une protection des mineurs, etc.

3° elle ne doit pas exploiter la confiance particulière que les mineurs ont dans leurs parents, leurs enseignants ou d'autres personnes;

4° elle ne doit pas, sans motif, présenter des mineurs en situation dangereuse ».

Application aux plateformes Internet :

Les règles de contenu prévues dans les articles 10 à 13 du décret SMA peuvent être transposées à la communication commerciale diffusée dans le flux audiovisuel et hors du flux audiovisuel des services non linéaires sans qu'il ne soit nécessaire d'en préciser davantage les contours juridiques.

4.1.2. *Transparence* :

Contexte :

La transparence de la communication commerciale recouvre l'identification de la communication commerciale, l'interdiction de la communication commerciale clandestine et des techniques subliminales. Ces trois règles font partie du socle de base de la législation européenne en matière d'audiovisuel (cf. supra).

La littérature scientifique montre que la capacité de l'utilisateur-récepteur à identifier le message en tant que communication commerciale est déterminante pour qu'il puisse en reconnaître l'intention persuasive et, partant, pour qu'il active la vigilance nécessaire. Plusieurs auteurs¹⁴ opèrent ainsi une distinction entre la capacité à identifier l'intention commerciale et celle à identifier l'intention persuasive. La capacité à reconnaître/identifier l'intention commerciale est une première étape de la capacité à reconnaître l'intention persuasive. L'identification claire du message en tant que communication commerciale est donc un critère déterminant, un préalable, à l'activation du code de lecture adapté aux messages persuasifs. Elle est un fondement de la protection du consommateur face à la communication commerciale. Ces arguments justifient une transposition stricte de la règle d'identification tant pour les communications commerciales diffusées dans le flux qu'en dehors du flux audiovisuel des SMA non-linéaires.

Règles du décret SMA :

L'article 14 du décret SMA fait partie des « Règles générales pour les services linéaires et non-linéaires ».

- Le § 1^{er}, première phrase dispose que : « *La communication commerciale doit être aisément identifiable comme telle* ».

Corrélativement, les paragraphes 2, 4 et 6 disposent que :

- « *La communication commerciale ne peut pas utiliser des techniques subliminales* » (§ 2).

- « *Toute référence directe ou indirecte dans la communication commerciale à un programme ou à une séquence de programme de nature à créer la confusion quant au caractère commercial de la communication est interdite* » (§ 4).

- « *La communication commerciale clandestine est interdite* (§ 6) ».

¹⁴ Voyez les travaux suivants : Boerman S. C., van Reijmersdal, E. A., Neijens P. C., "Effects of sponsorship disclosure timing on the processing of sponsored content : a study of the effectiveness of European disclosure regulation", *Psychology and marketing*, vol. 31 (3), 2014 ; Tutaj, K., van Reijmersdal, E. A., "Effects of online advertising format and persuasion knowledge on audience reaction", *Journal of Marketing Communications*, vol. 18, n°1, 2012 ; Carter O. B. J., Patterson L. J., Donovan R. J., Ewing M. T., Roberts C. M., "Children's understanding of the selling versus persuasive intent of junk food advertising : Implications for regulation", *Social Science Medicine*, 72, 2011.

Jurisprudence du CAC :

Il convient de préciser les contours de cette identification « aisée ». Le Collège d'autorisation et de contrôle a précisé dans ses décisions que l'utilisation d'éléments de contenu de la communication commerciale dans le moyen permettant de l'identifier abolit la netteté de la distinction : le moyen d'identification « *ne peut en effet, dans le même temps, être un programme publicitaire et constituer l'élément permettant au téléspectateur de distinguer la publicité des autres programmes* »¹⁵. Il en va de même pour l'autopromotion¹⁶. Par exemple, selon le Collège, cette identification aisée n'est pas rencontrée par la simple apposition d'un logo de régie sur le premier spot d'un tunnel publicitaire¹⁷.

Comme l'a rappelé le Collège, l'objectif du législateur décretaal est clairement de protéger de la confusion entre la publicité et les autres programmes tout téléspectateur généralement quelconque, quel que soit son degré d'attention ou de discernement¹⁸.

Application des règles aux plateformes Internet :

Sur les SMA ayant fait l'objet du monitoring du CSA, on retrouve beaucoup de vidéos entourées de nombreux *displays*. Certains comportent la mention « publicité ». D'autres pas. Par ailleurs, les vidéos diffusées en ligne sont souvent précédées d'une publicité *pré-roll*. Ces publicités présentent généralement la mention « publicité » ou bien comportent une mention telle que « votre programme/vidéo commence dans 10, 9, 8, ... secondes » parfois accompagnée de la mention « publicité ». Enfin sur certains sites, l'accès à la page d'accueil passe d'abord par une publicité *pré-home* qu'il faut fermer pour pouvoir accéder à la page d'accueil.

La jurisprudence du Collège d'autorisation et de contrôle est transposable tant pour les communications commerciales diffusées dans le flux audiovisuel que pour celles situées en dehors du flux.

En pratique toutefois, la transposition de la jurisprudence soulève les questions suivantes :

- ◆ Les *displays*, habillages de site, publicités *pré* ou *post-rolls*, etc. constituent-ils des formes de communications commerciales identifiables en elles-mêmes ?
- ◆ La présence d'une croix permettant de fermer une communication commerciale hors du flux

¹⁵ Collège d'autorisation et de contrôle, 5 mai 2004, en cause RTBF, <http://www.csa.be/documents/251> ; 5 mai 2004, en cause SA TVi, <http://www.csa.be/documents/252> ; 1^{er} février 2006, en cause RTBF, <http://www.csa.be/documents/343> ; 1^{er} mars 2006, en cause SA TVi, <http://www.csa.be/documents/334> ; 14 juin 2006, en cause SA BTv, <http://www.csa.be/documents/302> ; 20 septembre 2006, en cause SA TVi, <http://www.csa.be/documents/294>

¹⁶ Recommandation relative à l'autopromotion, 22 décembre 2011, p. 6. <http://www.csa.be/documents/1674>

¹⁷ Collège d'autorisation et de contrôle, 5 mai 2004, en cause S.A. TVi et 5 mai 2004, en cause RTBF.

http://www.csa.be/system/document/nom/252/CAC_Dcision_20040505_TVi.pdf
http://www.csa.be/system/document/nom/251/CAC_Dcision_20040505_RTBF.pdf

¹⁸ Collège d'autorisation et de contrôle, 1^{er} février 2006, en cause RTBF

http://www.csa.be/system/document/nom/343/CAC_Dcision_20060201_LaUne_autopromotion.pdf

constitue-t-elle à elle seule une manière d'identifier la communication commerciale ?

- ◆ La présence d'une croix permettant de fermer une publicité dans une vidéo ou un player constitue-t-elle à elle seule une manière d'identifier la communication commerciale ?
- ◆ La mention « votre programme/vidéo commence dans 10, 9, 8, ... secondes » permet-elle d'identifier la communication commerciale ? De manière générale, le décompte de la durée de la publicité constitue-t-il une manière de l'identifier en tant que communication commerciale ?
- ◆ Le logo d'une régie ou d'un annonceur constitue-t-il un moyen d'identification ?
- ◆ La présence d'un bouton « acheter » dans le player ou du logo d'une entreprise permettant de rediriger l'utilisateur vers un site commercial constitue-t-il une forme d'identification ?
- ◆ Quel moyen utiliser pour rencontrer le principe d'identification aisée ?

Application des règles :

Communication commerciale *en dehors* du flux audiovisuel

S'agissant des communications commerciales diffusées en dehors du flux audiovisuel, un utilisateur-récepteur même peu familiarisé avec les codes de l'Internet doit être en mesure d'opérer une distinction entre ce qui relève de la communication commerciale et ce qui relève du contenu éditorial.

Dans la mesure où les formats commerciaux sur Internet tendent à se renouveler continuellement – en jouant davantage sur le brouillage des frontières entre contenus commerciaux et éditoriaux – et à faire émerger de nouvelles techniques, il est difficile de préjuger que l'utilisateur maîtrise d'emblée tous les codes de lecture liés à ces formes de communication commerciale.

Eu égard à cette diversité des publics et au renouvellement perpétuel des formats, le Collège recommande que tous les formats diffusés en dehors du flux audiovisuel soient identifiés en tant que communication commerciale. Néanmoins, les modalités d'identification de la communication commerciale sont laissées à l'appréciation de l'éditeur. En cas de doute de la part de l'éditeur, par la familiarité que l'utilisateur entretient avec le terme de « publicité », ce dernier pourra être privilégié en vue d'assurer l'information adéquate de l'utilisateur. Des modalités spécifiques sont toutefois recommandées s'agissant du parrainage, du placement de produit, du publi-reportage et du native advertising (cf. infra).

Communication commerciale *dans* le flux audiovisuel

* Les communications commerciales diffusées dans le flux audiovisuel ne peuvent être envisagées comme étant identifiables en elles-mêmes. En effet :

- la présence d'une croix ne dit rien de l'intention commerciale du programme et n'est donc pas susceptible d'activer le code approprié pour la totalité des utilisateurs quel que soit leur degré de discernement ;
- il en va de même pour le décompte de la durée de la communication commerciale diffusée dans le flux audiovisuel ;

- la présence du logo d'une régie, du nom ou logo de l'annonceur ou d'un bouton d'achat permettant de renvoyer vers son site n'est pas un moyen aisé d'identification car, comme l'a énoncé le Collège, ce moyen ne peut être simultanément une composante de la communication commerciale et l'élément permettant au téléspectateur de distinguer la communication commerciale du contenu.

Le Collège recommande que tous les formats diffusés dans le flux audiovisuel soient identifiés en tant que communication commerciale. Néanmoins, les modalités d'identification de la communication commerciale sont laissées à l'appréciation de l'éditeur. En cas de doute de la part de l'éditeur, par la familiarité que l'utilisateur entretient avec le terme de « publicité », ce dernier pourra être privilégié en vue d'assurer l'information adéquate de l'utilisateur. Des modalités spécifiques sont toutefois recommandées s'agissant du parrainage, du placement de produit, du publi-reportage et du native advertising (cf. infra).

Cas particuliers

Le publi-reportage et le native advertising ne sont pas définis juridiquement. Tous deux se fondent sur le brouillage entre la communication commerciale et le contenu éditorial (voyez pp. 22 et 23 pour une définition complète). Si le publi-reportage peut générer une confusion entre l'information et la communication commerciale, le native advertising quant à lui peut brouiller les frontières entre la communication commerciale et d'autres types de contenus, tels qu'une fiction par exemple. La notion de publi-reportage n'étant pas spécifiquement définie dans le décret, il est d'usage de qualifier le publi-reportage de publicité dès lors qu'il répond à la définition de celle-ci¹⁹. Par extension, le native advertising (cf. infra), dès lors qu'il répond également à la définition de la publicité doit être qualifié comme publicité.

S'agissant de l'identification du parrainage et du placement de produit, il est recommandé que ces deux formes de communication commerciale fassent l'objet de mesures d'identification spécifiques (voyez ci-dessous : identification de la nature de la communication commerciale).

Il découle du principe d'identification aisée de la communication commerciale, l'interdiction de la publicité clandestine et l'interdiction des techniques subliminales.

4.1.3. Les programmes d'information et les programmes pour enfants

Règles du décret SMA :

Plusieurs articles du décret SMA posent des restrictions en matière de communication commerciale dans les programmes d'information et les programmes pour enfants. Les interdictions visant les premiers font par ailleurs l'objet d'une gradation en fonction des types de programmes. Ces règles s'appliquent tant aux services linéaires que non linéaires.

¹⁹ « Publicité : toute forme de message inséré dans un service de médias audiovisuels moyennant paiement ou autre contrepartie par une institution ou une entreprise publique ou privée ou une personne physique dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale dans le but de promouvoir la fourniture contre paiement de biens ou de services y compris les biens immeubles, les droits et les obligations » (article 1^{er}, 37°).

Ainsi, les journaux parlés et télévisés doivent être exempts de toutes communications commerciales : la publicité, le télé-achat, l'autopromotion (art. 18, § 3 ; art. 23, § 2), le parrainage (art. 24, 6°), le placement de produit et d'accessoire (art. 21, § 2, alinéa 2), la publicité virtuelle (art. 29), l'écran partagé (art. 30, 2°). Les programmes d'actualité quant à eux ne peuvent être parrainés (art. 24, 6°), contenir de communication commerciale par écran partagé (art. 30, 2°) et de placement de produit (art. 21).

Concernant les programmes pour enfants, l'article 18, § 3 du décret SMA dispose que « *la publicité, le télé-achat et l'autopromotion ne peuvent être insérés (...) dans les programmes pour enfants, (...)* ». De plus, le placement de produit et d'accessoires ainsi que la communication commerciale par écran partagé sont interdits dans les programmes pour enfants (art. 21, § 2, alinéa 2 et art. 30, 2°). Enfin, les programmes pour enfants ne peuvent être parrainés ni à la RTBF ni dans les télévisions locales (art. 24, 7° du décret).

Ces dispositions relatives aux programmes d'information et aux programmes pour enfants s'inspirent de l'article 20 de la directive SMA qui prévoit la manière dont les différents types de programmes qu'elle distingue peuvent être interrompus par de la communication commerciale. Le considérant 86 de la directive justifie ces restrictions dans les termes suivants : « *La présente directive vise à sauvegarder le caractère spécifique de la télévision européenne, où les écrans publicitaires sont insérés de préférence entre les programmes, et limite dès lors le nombre des interruptions autorisées pendant la diffusion des œuvres cinématographiques et des films conçus pour la télévision, ainsi que de certaines catégories de programmes qui nécessitent une protection particulière* ».

Application aux plateformes Internet :

Selon l'article 23, § 2 du décret SMA relatif aux services sonores : « *La publicité, le télé-achat et l'autopromotion ne peuvent être insérés dans les journaux parlés, dans les programmes pour enfants, dans les retransmissions de cérémonies religieuses et laïques* ».

Toutefois, le monitoring relatif à la communication commerciale sur les nouvelles plateformes a permis de constater la présence permanente de publicité pendant les journaux parlés des webradios monitorées. Il ne s'agit cependant pas de communications commerciales insérées dans ces programmes. Nous constatons en effet la présence d'un encadré publicitaire dans un display du côté droit du player. Cet encadré se maintient tant que ce dernier reste ouvert, et ce également durant le journal parlé.

Le monitoring a permis également de relever la présence d'une publicité intégrée au podcast de l'information régionale d'un éditeur de services sonores.

Selon l'article 18, § 3 du décret SMA relatif aux services télévisuels : « *La publicité, le télé-achat et l'autopromotion ne peuvent être insérés dans les journaux télévisés, dans les programmes pour enfants, dans les retransmissions de cérémonies religieuses et laïques* ».

En pratique, cette règle semble ne pas être respectée. En effet, nous constatons de nombreux displays autour de la vidéo des journaux télévisés monitorés.

Communication commerciale <i>en dehors</i> du flux audiovisuel
S'agissant de la communication commerciale diffusée <i>en dehors</i> du flux audiovisuel (<i>display</i> , <i>habillage de site</i> , etc.), une interprétation plus souple des règles se justifie, au motif notamment que

ces formes de communication commerciale peuvent être évitées par un agrandissement de la vidéo ou du player (le passage en mode plein écran). Le mode plein écran permet en effet d'éviter la concomitance directe entre les programmes spécifiquement « protégés » et la communication commerciale précitée. Concrètement, donc, l'interdiction de publicité, télé-achat et autopromotion dans les journaux parlés et télévisés, dans les programmes pour enfants et dans les retransmissions de cérémonies religieuses et laïques sera interprétée comme impliquant l'obligation de laisser à l'utilisateur la possibilité de passer au mode plein écran. Les éditeurs veilleront de manière raisonnable à ce que l'utilisateur puisse recourir de manière aisée et rapide à ce procédé. Ainsi, le Collège veillera à ce que l'utilisateur ne soit pas confronté à des contraintes techniques qui l'amèneraient à renoncer à activer le mode plein écran.

Communication commerciale *dans* le flux audiovisuel

Concernant la communication commerciale diffusée *dans* le flux audiovisuel (*mid-roll, overlay ad* notamment), il convient de procéder à une application plus stricte des règles précitées :

- les journaux parlés et télévisés doivent être exempts de toutes communications commerciales : la publicité, le télé-achat, l'autopromotion (art. 18, § 3 ; art. 23, § 2), le parrainage (art. 24, 6°), le placement de produit et d'accessoires (art. 21, § 2, alinéa 2), la publicité virtuelle (art. 29), l'écran partagé (art. 30, 2°). Les programmes d'actualité, quant à eux, ne peuvent être parrainés (art. 24, 6°), contenir de la communication commerciale par écran partagé (art. 30, 2°) et du placement de produit (art. 21).
- « *la publicité, le télé-achat et l'autopromotion ne peuvent être insérés (...) dans les programmes pour enfants, (...)* » (article 18, § 3). De plus, le placement de produit et d'accessoires ainsi que la communication commerciale par écran partagé sont interdits dans les programmes pour enfants (art. 21, § 2, alinéa 2 et art. 30, 2°). Enfin, les programmes pour enfants ne peuvent être parrainés ni à la RTBF ni sur les télévisions locales (art. 24, 7° du décret).

4.2. Règles applicables spécifiquement aux communications commerciales des SMA non linéaires diffusées dans le flux audiovisuel

4.2.1. Identification ET séparation

Règles du décret SMA :

L'article 14, § 1^{er} du décret SMA fait partie des « Règles générales pour les services linéaires et non-linéaires ». Il dispose que : « *La communication commerciale doit être aisément identifiable comme telle. Elle doit être nettement distincte des autres programmes ou séquences de programme grâce à des moyens optiques ou acoustiques clairement identifiables* ».

Jurisprudence du CAC :

Nous avons déjà rappelé la jurisprudence du Collège s'agissant de la règle d'identification et précisé la manière dont elle sera interprétée s'agissant des communications commerciales diffusées dans et en dehors du flux audiovisuel. S'agissant du flux audiovisuel diffusé sur les SMA non linéaires, la

question de l'identification de la communication commerciale semble difficilement dissociable de celle de la séparation.

Le Collège d'autorisation et de contrôle a progressivement précisé ces principes conjoints d'identification et de séparation dans une jurisprudence successive dont il ressort que :

- « *la formulation de la disposition (art. 14) est sans équivoque : par l'utilisation des adverbes « aisément », « nettement » et « clairement », le législateur a insisté sur l'importance du principe de la séparation entre le contenu éditorial et la publicité* »²⁰.

- « *l'insertion d'une communication publicitaire dans le moyen que l'éditeur de services utilise précisément pour distinguer la communication publicitaire des programmes abolit, par sa nature même de communication publicitaire, la netteté de la distinction et le caractère clairement identifiable des moyens optiques ou acoustiques utilisés par l'éditeur de services, quels que soient ceux-ci. Ce moyen ne peut en effet, dans le même temps, être un programme publicitaire et constituer l'élément permettant au téléspectateur de distinguer la publicité des autres programmes* »²¹. Il en va de même pour l'autopromotion²².

Quant à la simple présence d'un logo de régie sur le premier spot d'un tunnel publicitaire, le Collège d'autorisation et de contrôle estime que ce moyen ne suffit pas à rencontrer l'exigence décrétales de distinction nette, claire et aisée entre le programme publicitaire et les autres programmes²³.

- l'objectif du législateur décretales est clairement de protéger de la confusion entre la publicité et les autres programmes tout téléspectateur généralement quelconque, quel que soit son degré d'attention ou de discernement²⁴.

Ainsi, il découle de la jurisprudence du collège d'autorisation et de contrôle que :

- la simple présence d'un logo ou la mention de « publicité » sur le premier spot d'un tunnel publicitaire ne suffisent pas à rencontrer à eux seuls l'exigence de distinction nette et claire ;
- le jingle d'ouverture d'un écran publicitaire ne peut contenir en même temps une communication publicitaire ou d'autopromotion des programmes, sous peine d'abolir la netteté de la distinction et le caractère clairement identifiable des moyens optiques et acoustiques ;
- la distinction doit être compréhensible par tout téléspectateur généralement quelconque, quel que soit son degré d'attention ou de discernement.

Application du principe de séparation aux plateformes Internet :

Le principe de séparation est généralement mis à mal dans les nouvelles techniques publicitaires et dans l'usage de la télévision de rattrapage. Cet enjeu est particulièrement saillant s'agissant des programmes d'information. Par exemple, sur un service de média audiovisuel généraliste,

²⁰ Collège d'autorisation et de contrôle, 5 mai 2004, en cause SA TVi, p. 2 ; 5 mai 2004, en cause RTBF, p. 2.

²¹ Collège d'autorisation et de contrôle, 5 mai 2004, en cause RTBF, <http://www.csa.be/documents/251> ; 5 mai 2004, en cause SA TVi, <http://www.csa.be/documents/252> ; 1^{er} février 2006, en cause RTBF, <http://www.csa.be/documents/343> ; 1^{er} mars 2006, en cause SA TVi, <http://www.csa.be/documents/334> ; 14 juin 2006, en cause SA BTv, <http://www.csa.be/documents/302> ; 20 septembre 2006, en cause SA TVi, <http://www.csa.be/documents/294>.

²² Recommandation relative à l'autopromotion, 22 décembre 2011, p. 6.

²³ Collège d'autorisation et de contrôle, 5 mai 2004, en cause SA TVi ; 5 mai 2004, en cause RTBF.

http://www.csa.be/system/document/nom/252/CAC_Dcision_20040505_TVi.pdf
http://www.csa.be/system/document/nom/251/CAC_Dcision_20040505_RTBF.pdf

²⁴ Collège d'autorisation et de contrôle, 1^{er} février 2006, en cause RTBF

http://www.csa.be/system/document/nom/343/CAC_Dcision_20060201_LaUne_autopromotion.pdf

l'utilisateur peut revoir le journal télévisé en *catch up*. Lorsque l'utilisateur clique sur la vidéo pour la visionner, il est directement exposé à une annonce de communication commerciale, *pré-roll*. Aucun moyen optique et acoustique ne vient séparer cette publicité du JT, contrairement à ce qui est proposé sur le service linéaire. Enfin, une autopromotion sous forme de *post-roll* apparaît à la fin du programme sans être séparée de celui-ci. Sur certains services de médias audiovisuels, les publicités *pré-roll* peuvent être fermées après quelques secondes de publicité. Il en va de même des publicités *overlay ad* qui apparaissent au cours de la diffusion du programme et qui peuvent être évitées – « skippées ». Par ailleurs, la présence d'un bouton « acheter » a pu être observée dans le player de services sonores.

La jurisprudence du Collège d'autorisation et de contrôle relative aux principes d'identification et de séparation est transposable pour les communications commerciales diffusées dans le flux audiovisuel.

En pratique toutefois, la transposition de la jurisprudence soulève les questions suivantes :

- ◆ La possibilité d'éviter (« skipper ») une publicité (par ex. *pré* ou *mid-roll*) constitue-t-elle un moyen de séparation ?
- ◆ Le fait de devoir activement cliquer sur une croix pour fermer une publicité dans une vidéo constitue-t-il un moyen de séparation ?
- ◆ La présence d'un bouton « acheter » dans le player ou du logo d'une entreprise permettant de rediriger l'utilisateur vers un site commercial rencontre-t-elle le principe de séparation ?
- ◆ Comment rencontrer le principe de séparation claire, nette et distincte dans le flux vidéo – conjointement à celui d'identification ?

Application des règles :

Services télévisuels

La directive SMA et les réponses à la consultation du CSA insistent sur les choix posés par l'utilisateur et sur le contrôle que ce dernier exerce sur ce qu'il écoute ou regarde sur les services non linéaires. Or, il est erroné d'affirmer qu'en l'état l'utilisateur a toujours le choix sur les services non linéaires. En effet, s'il désire consulter un contenu, il ne peut changer de chaîne en attendant que la publicité passe comme il le ferait en télévision. Il est le plus souvent contraint de s'exposer à la communication commerciale ou, à tout le moins, à une partie de son message, faute de quoi il ne peut accéder au contenu. Il convient donc de poser des balises et/ou de donner réellement le choix à l'utilisateur de s'exposer ou pas au message publicitaire. C'est dans cet esprit que le Collège interprétera le principe de séparation des contenus éditoriaux de la communication commerciale. Outre la liberté de choix de l'utilisateur, les réponses à la consultation insistent sur l'importance de la convivialité des interfaces et de la rapidité des modes de consommation en ligne. Au vu de ces éléments, il semble peu approprié d'insérer un mode de séparation du type « jingle » entre les contenus et la communication commerciale. Il allongerait le temps préalable à l'accès aux contenus, ce qui ne serait pas en adéquation avec la rapidité des modes de consommation en ligne et avec la convivialité des interfaces.

En revanche, le Collège considère que la démarche active consistant à éviter une publicité en la fermant peut être envisagée, sous certaines conditions, comme une technique de séparation. En effet, « séparer » renvoie à l'action de disjoindre ce qui était en contact, de détacher des choses qui étaient ensemble. Dans cette optique, la démarche active consistant à cliquer pour éviter ou fermer une publicité peut être assimilée à une action visant à détacher celle-ci du contenu, pour peu que cette communication commerciale puisse être réellement détachée du reste, c'est-à-dire évitée. Ainsi, le Collège recommande que l'utilisateur puisse toujours garder la maîtrise d'interrompre dans les plus brefs délais la communication commerciale. L'utilisateur ne doit pas être contraint de s'exposer plus du temps nécessaire à la procédure d'interruption. Les éditeurs veilleront de manière raisonnable à ce que l'utilisateur puisse procéder de manière intuitive, aisée et rapide à l'évitement de la communication commerciale. Ainsi, le Collège veillera à ce que l'utilisateur ne soit pas confronté à des contraintes techniques qui l'amèneraient à y renoncer²⁵.

Cas particulier :

concernant la présence dans le player d'un bouton « acheter » ou du logo d'une entreprise renvoyant directement vers un site commercial, le principe de séparation sera interprété comme impliquant l'obligation de laisser à l'utilisateur la maîtrise d'éviter ces boutons d'achat ou logos renvoyant vers un site commercial. Les éditeurs veilleront de manière raisonnable à ce que l'utilisateur puisse recourir de manière aisée et rapide à ce procédé.

Services sonores

S'agissant des services non linéaires de radio, la recommandation relative à la séparation entre les spots publicitaires et les programmes à la radio²⁶ a déjà précisé les contours des principes d'identification et de séparation de la communication commerciale. Rappelons à cet égard que le Collège recommande, pour les jingles de séparation sonore de remplir les conditions cumulatives suivantes :

- 1) Assurer une durée minimale pour le jingle de séparation²⁷ ;
- 2) Éviter tout mixage provoquant une confusion entre le jingle de séparation et les éléments, programmes et tunnels publicitaires, qu'ils scindent ;
- 3) Constituer un jingle de séparation facilement identifiable par l'auditeur pour éviter la confusion avec d'autres jingles, habillages, diffusions musicales et éléments de publicité ;
- 4) Préférer l'utilisation régulière d'un même jingle pour la séparation entre spots publicitaires et programmes.

²⁵ La liberté effective laissée à l'utilisateur peut sans aucun doute diminuer le sentiment d'intrusion laissé par la communication commerciale. A cet égard, Laure Perraud (2013) parle d'« intrusion publicitaire perçue ». Elle définit ce concept comme suit : « la perception du non-respect de ce que l'individu considère comme son espace propre. Elle peut être déclenchée, suite à une exposition à un format publicitaire, par un niveau d'excitation important, qui, selon son origine (interne ou externe à l'individu), entraînera une réaction négative envers un tiers » (p. 54). Perraud, L., *Antécédents et conséquences de l'intrusion publicitaire perçue sur internet : le cas des formes publicitaires*, Thèse en sociologie, Université de Bourgogne, 2013.

²⁶ Recommandation relative à la séparation entre les spots publicitaires et les programmes à la radio, 27 novembre 2014, <http://www.csa.be/documents/2412>

²⁷ La recommandation relative à la séparation entre les spots publicitaires et les programmes à la radio précise : il ressort des monitorings effectués par les services du CSA qu'un jingle d'une durée d'environ 1,5 secondes est généralement suffisamment long pour être audible du public. Cette durée minimale apparaît donc comme un standard raisonnable (note infrapaginale 8).

4.2.2. Identification de la nature de la communication commerciale

Contexte :

Le parrainage et le placement de produit font l'objet de mesures d'identification spécifiques dans le décret SMA. Ces règles s'appliquent tant aux services linéaires que non linéaires. En effet, la particularité de ces formes de communications commerciales réside en ce qu'elles font l'objet d'une dérogation au principe de séparation. Dès lors, elles sont soumises à des mesures d'identification particulières afin que le (télé)spectateur puisse comprendre ce qui est en jeu.

Concernant le parrainage, dans la mesure où ce qui est parrainé est spécifiquement financé par l'annonceur qui y associe son image, il existe un risque d'atteinte à l'indépendance éditoriale. « *L'identification du parrain est un moyen d'attirer l'attention du téléspectateur sur le fait que des intérêts spécifiques pourraient être en jeu dans la réalisation du programme. De plus cette possibilité d'identification représente, pour le parrain, la garantie d'obtenir, en contrepartie de sa participation directe ou indirecte au financement de l'émission, le surcroît de notoriété qu'il escompte* »²⁸. Des règles propres au parrainage sont dès lors prévues pour informer le public.

S'agissant du placement de produit, le produit, le service ou la marque est, à la différence de la publicité, intégré à l'intérieur même d'un programme et non dans des écrans publicitaires distincts. Dès lors, les programmes doivent être clairement identifiés comme comportant du placement de produit.

Plusieurs travaux de recherche ont mis en exergue la difficulté que les récepteurs-utilisateurs éprouvent à distinguer l'intention persuasive des formats de communication commerciale qui dérogent au principe de séparation, tels que le parrainage et le placement de produit diffusés en ligne ou en télévision.

Tout d'abord, plusieurs auteurs²⁹ ont posé la question de l'effet de la présence ou non de moyens d'identification des programmes contenant du placement de produit et du moment de leur affichage (avant, pendant, après le programme) sur trois variables dépendantes : l'attitude vis-à-vis de la marque, la reconnaissance de l'intention commerciale, la mise en œuvre d'une attitude critique vis-à-vis du contenu. Ils concluent à un effet significatif des moyens d'affichage du placement de produit et du moment de l'affichage sur les trois variables dépendantes. Qui plus est, les auteurs montrent que l'affichage des moyens d'identification avant l'exposition au message persuasif est la plus efficace. S'agissant des formats de communication commerciale en ligne, K. Tutaj et E. A. van Reijmersdal (2012) distinguent les formats publicitaires proéminents (tels que les bannières ou les pop-up) et subtils (tel que le parrainage). « (...) *the understanding of persuasive and selling intent is also lower for the sponsored content item than for the banner ad. Apparently, participants have a better understanding of the advertiser's intent in a more prominent than a subtle online ad format. (...) Furthermore, ad skepticism differs for subtle and prominent online ad formats. Participants were significantly more skeptical toward banner than sponsored content* »³⁰.

²⁸ Doc. Parl., P.C.F. 1990-1991, n°196/1, p. 10

²⁹ Boerman S. C., van Reijmersdal, E. A. et Neijens P. C., *op. cit.* Les auteurs analysent les effets des mesures visant à identifier les programmes contenant du placement de produit sur 209 'college students'.

³⁰ Tutaj et E. A. van Reijmersdal, *op. cit.*, p. 15.

Traduction libre : « (...) la compréhension des intentions commerciale et persuasive est plus faible s'agissant des contenus sponsorisés. Il apparaît que les participants ont une meilleure compréhension de l'intention de l'annonceur lorsqu'ils sont exposés à des formats publicitaires en ligne de type proéminent. (...) De plus, la mise en œuvre d'une attitude critique,

Enfin, certaines catégories de publics, telles que les enfants, sont particulièrement visées par ces difficultés à identifier l'intention persuasive des formats publicitaires non proéminents³¹.

Règles du décret SMA :

Le parrainage est défini comme suit dans l'article 1^{er}, 29° : « *toute contribution sous forme de paiement ou autre contrepartie d'une institution ou d'une entreprise, publique ou privée, ou d'une personne physique n'exerçant pas d'activité d'éditeur de services ou de production de programmes, au financement de services de médias audiovisuels ou de programmes dans le but de promouvoir son nom, sa marque, son image, ses activités ou ses réalisations* ».

Le placement de produit est défini comme suit dans l'article 1^{er}, 30° : « *insertion d'un produit, d'un service ou de leur marque, ou référence à ce produit, ce service ou à leur marque, dans un programme, moyennant paiement ou autre contrepartie* ».

En matière d'identification du parrainage, l'article 24, 2° du décret SMA dispose que : « *les programmes et les séquences parrainés doivent être clairement identifiés par une annonce comportant le nom, la marque, le logo ou un autre symbole du parrain, par exemple au moyen d'une référence à ses produits ou services ou d'un signe distinctif, d'une manière adaptée au programme, avant le générique de début ou après le générique de fin d'un programme, ou en début ou en fin d'une séquence clairement identifiable du programme, en ce compris lors de l'interruption publicitaire d'une œuvre de fiction télévisuelle ou cinématographique, ainsi que dans les bandes annonces qui assurent la promotion du programme* ».

S'agissant de l'identification des programmes contenant du placement de produit, l'article 21, § 2 alinéa 3, 4° précise :

« *Les programmes qui comportent du placement de produit répondent au moins à toutes les conditions suivantes : (...)*

4° *Ils sont clairement identifiés comme comportant du placement de produit par des moyens optiques au début et à la fin de leur diffusion, ainsi que lorsqu'ils reprennent après une interruption publicitaire, afin d'éviter toute confusion de la part du téléspectateur. Cette dernière condition s'applique uniquement aux programmes qui ont été produits ou commandés par l'éditeur de services ou par une société qui est directement ou indirectement son actionnaire ou dans laquelle il est directement ou indirectement actionnaire* ».

Jurisprudence du CAC :

A. En matière de placement de produit

Dans sa recommandation relative au placement de produit, le Collège d'autorisation et de contrôle a analysé l'obligation d'identification des programmes contenant du placement de produit comme une garantie d'information du public et non comme une mise en garde. Il recommandait, à partir de la

sceptique, diffère selon que les formats publicitaires en ligne sont de type subtil ou proéminent. Les participants faisaient preuve de plus de scepticisme ou d'attitude critique à l'égard des bannières que des contenus sponsorisés ».

³¹ Voyez à ce sujet : Owen, L., Lewis, C., Auty, S., Buijzen, M., "Is children's understanding of nontraditional advertising comparable to their understanding of television advertising?", *Journal of Public Policy & marketing*, vol. 32, n°2, 2013.

phase effective, l'insertion du pictogramme « PP » seul en bas de l'écran au minimum pendant 10 secondes au début et à la fin des programmes ainsi qu'à la suite des interruptions publicitaires³².

Dans sa décision du 18 décembre 2014³³, le Collège d'autorisation et de contrôle a été amené à interpréter cette obligation d'identification s'agissant des programmes rediffusés en catch-up. Il a précisé à cet égard que « *les obligations contenues dans les dispositions visées au grief [identification] sont obligatoires en toutes circonstances et ne sont pas conditionnées à leur simplicité de mise en œuvre* »³⁴. Le Collège a donc interprété l'obligation d'identification prévue à l'article 21, § 2 alinéa 3, 4° du décret SMA comme s'appliquant intégralement aux services audiovisuels non linéaires.

B. En matière de parrainage

La jurisprudence du Collège d'autorisation et de contrôle a permis de préciser les critères d'identification.

Dans sa décision du 7 juillet 2011, le Collège a estimé que l'annonce de parrainage doit être claire quant à sa nature et son objet. Le public doit être informé non seulement de *l'existence* d'un parrainage mais aussi de *ce qui est parrainé*.³⁵

Premièrement, l'annonce doit permettre au public de comprendre qu'un accord de parrainage existe. L'article 24, 2° du décret SMA précise les possibilités d'identification du parrain « [...] *par une annonce comportant le nom, la marque, le logo ou un autre symbole du parrain, par exemple au moyen d'une référence à ses produits ou services ou d'un signe distinctif, d'une manière adaptée au programme [...]* »³⁶. Deuxièmement, l'annonce doit permettre de savoir ce qui fait l'objet du parrainage. Pour qu'une annonce de parrainage permette au public de déterminer ce qui fait l'objet du parrainage, le Collège a défendu l'idée qu'il était important de recourir à une certaine formulation. En effet, lorsqu'une annonce établit un lien avec un programme, une séquence ou un service, ceci rend plus clair son caractère de parrainage.

Application aux plateformes Internet :

Un problème identifié de manière concrète par le CSA au travers des monitorings concerne précisément l'identification de la nature de la communication commerciale sur les plateformes Internet. Les enjeux liés aux différentes formes de communication commerciale, notamment le parrainage et le placement de produit, sont difficilement saisissables et l'utilisateur n'est dès lors pas toujours en mesure d'exercer la vigilance nécessaire. Par exemple, sur le site d'un service généraliste est rediffusé en catch-up un programme parrainé par un annonceur bien défini. L'annonce de parrainage, qui permet de déterminer qu'il y a parrainage et ce qui fait l'objet du parrainage, est insérée en télévision, mais pas lors de la rediffusion en catch up. Seule apparaît une petite mention « publicité » qui s'applique à toutes les formes de communications commerciales diffusées en *pré-* ou *post-roll*. L'utilisateur n'est pas à même de saisir les enjeux liés à ces différentes formes. En outre, s'agissant du placement de produit, les monitorings ont mis en exergue qu'un certain nombre de programmes rediffusés en catch-up ne présentaient plus les moyens optiques permettant d'identifier le programme comme contenant du placement de produit.

³² Recommandation relative au placement de produit, 17 décembre 2009, <http://www.csa.be/documents/1143>

³³ Collège d'autorisation et de contrôle, 18 décembre 2014, en cause RTBF, <http://www.csa.be/documents/2425>

³⁴ *Idem*, p. 3.

³⁵ Collège d'autorisation et de contrôle, 7 juillet 2011, en cause RTBF, <http://www.csa.be/documents/1562>

³⁶ Auparavant le décret se contentait de l'identification « [...] *par une annonce de parrainage avec le logo ou un autre symbole du parrain [...]* »

Le développement du « native advertising » pose un autre défi aux principes d'identification – et de séparation – de la communication commerciale. Le propre de ce format est, en effet, d'apparaître moins intrusif et moins visible en s'insérant dans le contenu éditorial : « *A native advertising strategy is based on the adoption of the look-and- feel, the visual design, the usability and the ergonomics of the publisher's website* »³⁷. Son objectif est de brouiller la distinction entre le contenu éditorial et la communication commerciale en vue d'amenuiser les réactions hostiles, mais aussi les défenses, du consommateur vis-à-vis du message publicitaire : "(...) *not distinguishing advertising from news is exactly the idea that native advertising has been tackling. If the reader does not think about content in terms of promotional message, her or his barriers of reception become lower and advertising tolerance increases* (Tutaj & van Reijmersdal, 2012)"³⁸.

La directive relative à « la distinction entre publicité et journalisme », adoptée par le Conseil de déontologie journalistique le 15 décembre 2010 (et complétée le 11 février 2015), contient une section spécifique au native advertising. Son objectif est décrit comme suit : « *le but recherché consiste à sortir du créneau publicitaire habituel situé à côté du rédactionnel et marqué comme publicitaire, de moins en moins efficace, en apparaissant dans le rédactionnel sans apparaître directement comme publicitaire donc d'augmenter la probabilité que l'utilisateur clique dessus. Mais l'intention promotionnelle est incontestable. L'essence du native advertising est de la publicité déguisée* »³⁹. La directive met en exergue la nécessité qu'une mention « de type publicité » signale l'intention publicitaire dès la première vision du contenu ainsi qu'en page secondaire si le contenu y est développé⁴⁰.

Un certain nombre de cabinets d'études d'opinion, de marché et de consultance en marketing ont consacré des études au développement du native advertising. Celui-ci est en pleine expansion, car il permettrait de contrecarrer la crise que traverse la publicité en ligne traditionnelle (de type display) et les logiciels de blocage de la publicité⁴¹. Dans le rapport Digital News du Reuters Institute, Austin, S. et Newman, N. montrent, au départ d'une enquête en ligne et de focus groups réalisés par le cabinet YouGov en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, que les enquêtés sont attachés au fait de pouvoir distinguer la finalité des contenus sur le web : « *There is a perception that readers are disappointed or feel deceived if they later find out content was sponsored by a brand or company. In the UK, a third (33%) have felt disappointed or deceived , a level that rise to more than four in ten (43%) in the US* »⁴². L'enquête en ligne réalisée par Contently auprès de 509 personnes de + de 18 ans aux Etats-Unis montre la difficulté des enquêtés à identifier des articles de native advertising comme de la publicité : « *In four of the six groups shown a native advertisement, the majority*

³⁷ Matteo, S., Dal Zotto, C., "Native advertising, or how to stretch editorial to sponsored content within a transmedia era" in Siegert G., et al., eds., *Handbook of Media Branding*, New York – Dordrecht – London, Springer, p. 177.

Traduction libre : « La stratégie du native advertising consiste à adopter les normes, le design visuel, les modalités d'utilisation et l'ergonomie du site web de l'éditeur ».

³⁸ *Idem*, p. 178.

Traduction libre : « Ne pas distinguer la publicité du contenu informationnel est précisément l'idée entreprise par le native advertising. Si le lecteur n'aborde pas le contenu qui lui est proposé comme un message promotionnel, les obstacles face à la réception de ce message sont levés et la tolérance face à la publicité augmente ».

³⁹ CDJ, *Les carnets de la déontologie*, n°8, Publicité et journalisme, septembre 2015, p. 12.

⁴⁰ *Idem*, p. 10.

⁴¹ Austin, S., Newman, N., "Attitudes to sponsored and branded content (native advertising)" in Nic Newman, eds., *Reuters Institute Digital News Report*, 2015.

⁴² *Idem*, p. 103.

Traduction libre : « On observe que les lecteurs sont déçus ou se sentent trompés s'ils découvrent par la suite que le contenu [consulté] était sponsorisé par une marque ou une entreprise. Au Royaume-Uni, un tiers (33%) [des enquêtés] s'est senti déçu ou trompé, un seuil qui grimpe à plus d'un [enquêté] sur quatre (43%) aux USA ».

interpreted the piece as an article »⁴³. Le rapport pointe le rôle du design des articles de native advertising mais aussi celui des « étiquettes », multiples et pas toujours explicites, visant à identifier le message comme étant de nature commerciale. Le native advertising brouille donc intrinsèquement les principes d'identification et de séparation et empêche ainsi l'utilisateur-récepteur de reconnaître la nature commerciale du message et, par conséquent, d'activer le code de lecture propre aux messages à intention persuasive.

Placement de produit

Ainsi que l'a mentionné le Collège d'autorisation et de contrôle dans sa décision du 18 décembre 2014 portant sur la rediffusion de programmes contenant du placement de produit en catch-up : les règles d'identification des programmes contenant du placement de produit « *sont obligatoires en toutes circonstances et ne sont pas conditionnées à leur simplicité de mise en œuvre* »⁴⁴. L'insertion du pictogramme « PP » seul en bas de l'écran au minimum pendant 10 secondes au début et à la fin des programmes ainsi qu'à la suite des interruptions publicitaires est donc recommandée pour rencontrer l'obligation d'identification.

Certaines réponses à la consultation du CSA relative à la communication commerciale sur les nouvelles plateformes font référence aux contenus UGC (user generated contents) et à la difficulté d'y déceler un placement de produit éventuel. Rappelons à cet égard, que l'article 21, § 2, alinéa 3, 4° du décret prévoit que l'obligation d'identification du placement de produit par des moyens optiques au début et à la fin du programme, ainsi que lorsqu'il reprend après une coupure pub, s'applique uniquement « *aux programmes qui ont été produits ou commandés par l'éditeur de services ou par une société qui est directement ou indirectement son actionnaire ou dans laquelle il est directement ou indirectement actionnaire* ». Le contenu UGC, dès lors qu'il n'a pas été produit ou commandé par l'éditeur de services non linéaire ou par une société qui est directement ou indirectement son actionnaire ou dans laquelle il est directement ou indirectement actionnaire, n'est donc pas visé par l'obligation d'identification du placement de produit.

Parrainage

La décision du 7 juillet 2011 a rappelé les enjeux spécifiques du parrainage nécessitant que cette forme de communication commerciale fasse l'objet de mesures d'identification appropriées⁴⁵. Les enjeux liés respectivement à ces deux formes de communication commerciale sont toujours d'actualité s'agissant des contenus vidéos ou sonores diffusés sur les plateformes Internet. Le Collège souligne qu'il est de la responsabilité de l'éditeur de faire apparaître la distinction entre publicité et parrainage. Néanmoins, l'éditeur conserve la liberté de choix des modalités et des termes d'identification des contenus parrainés.

Cas particuliers

Enfin, le native advertising ainsi que toute forme de publi-reportage diffusés dans le flux audiovisuel sont susceptibles de relever de la communication commerciale clandestine en l'absence d'identification et de séparation. La notion de publi-reportage n'étant pas spécifiquement définie

⁴³ The Content Strategist, 8/9/2015, p. 8.

Traduction libre : « Dans quatre des six groupes [d'enquêtés] exposés à un article de native advertising, la majorité [des répondants] a interprété cet article comme étant de nature éditoriale ».

⁴⁴ Décision du 18 décembre 2014, p. 3.

⁴⁵ Décision du 7 juillet 2011 : p. 4.

dans le décret, il est d'usage de qualifier le publi-reportage de publicité dès lors qu'il répond à la définition de celle-ci⁴⁶. Par extension, le native advertising, dès lors qu'il répond également à la définition de la publicité doit être qualifié comme publicité.

4.2.3. Règles quantitatives

Règles du décret SMA :

Selon l'article 20, § 2 du décret SMA : « pour les services télévisuels non linéaires, le temps maximum de la publicité et des spots de télé-achat insérés dans un programme est fixé par le Gouvernement. Il ne peut dépasser 20 % de la durée de ce programme ».

L'article 22, § 2 poursuit en stipulant : « pour les services sonores non linéaires, le temps maximum de la publicité et des spots de télé-achat insérés dans un programme est fixé par le Gouvernement. Il ne peut dépasser 20% de la durée de ce programme ».

Application aux plateformes Internet :

L'absence de contrôle quantitatif hors flux audiovisuel semble aller à l'encontre de la protection des intérêts des consommateurs de services de médias audiovisuels. Certains éditeurs n'hésitent pas, par exemple, à entourer les programmes en catch up sur Internet avec une bannière publicitaire sur le haut de la page, deux bannières publicitaires sur le côté (dont une vidéo auquel le son s'ajoute si on passe la souris dessus), auxquels s'ajoute une publicité *pré-roll*. Dans ce cas, le téléspectateur est alors soumis à quatre publicités en simultané. Remarquons aussi que certains éditeurs découpent leurs émissions en plusieurs parties sur Internet, obligeant le consommateur de médias non linéaires à charger une nouvelle page (i.e. de nouvelles publicités) pour voir la suite de son programme.

Comme nous l'avons déjà observé, il est erroné d'affirmer que l'utilisateur a toujours le choix sur les services non linéaires. En effet, s'il désire consulter un contenu, il ne peut changer de chaîne en attendant que la publicité passe comme il le ferait en télévision linéaire. Il est le plus souvent contraint de s'exposer à la communication commerciale ou, à tout le moins, à une partie de son message, faute de quoi il ne peut accéder au contenu. Il convient donc de poser des balises et/ou de donner réellement le choix à l'utilisateur de s'exposer ou pas au message publicitaire.

Les contours juridiques des grandes règles quantitatives doivent également être précisés. Si un contrôle quantitatif semble nécessaire pour éviter les abus et assurer une protection du consommateur, la notion de quantité devient très complexe à définir au regard des nouveaux formats de publicité sur les services non-linéaires.

Les règles quantitatives des articles 20 et 22 du décret SMA s'appliquent aux publicités et spots de télé-achat insérés dans les programmes des services non linéaires ; elles visent donc le flux audiovisuel. Les formats pris en compte pour le calcul de la règle des 20% de la durée du programme sont dès lors :

⁴⁶ « Publicité : toute forme de message inséré dans un service de médias audiovisuels moyennant paiement ou autre contrepartie par une institution ou une entreprise publique ou privée ou une personne physique dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale dans le but de promouvoir la fourniture contre paiement de biens ou de services y compris les biens immeubles, les droits et les obligations » (article 1^{er}, 37°).

- les communications commerciales *pré, mid- et post-rolls* ;
- la communication commerciale diffusée à l'intérieur du flux sonore.

Les contenus UGC sont également visés par la règle des 20% dès lors qu'ils sont intégrés dans le catalogue d'un éditeur de SMA.

Les réponses à la consultation pointent le cas particulier des vidéos de courte durée qui ne pourraient contenir aucune communication commerciale si l'on part du principe que celle-ci sous forme *pré, mid- et post-rolls* dure en moyenne 25 à 30 secondes. Dès lors que l'utilisateur garde la maîtrise d'interrompre dans les plus brefs délais la communication commerciale (cf. supra : séparation), il n'est pas approprié d'interpréter de manière restrictive la règle des 20% de la durée du programme. Le Collège n'exclut donc pas la communication commerciale pour les vidéos de courte durée – ni que cette communication commerciale dépasse potentiellement 20% de la durée du programme – pour autant que l'utilisateur garde la maîtrise d'interrompre la communication commerciale dans les plus brefs délais et ne soit dès lors pas contraint de s'y exposer plus du temps nécessaire à la procédure d'interruption.

Précisons que la Cour de justice de l'Union européenne a estimé dans son arrêt du 21 octobre 2015 que la durée courte des vidéos « n'est pas de nature à écarter leur qualification de 'programme' au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous b), de la directive 2010/13 »⁴⁷. Cette disposition « ne comporte en effet pas d'exigence relative à la durée de l'ensemble d'images concerné »⁴⁸.

Les publicités diffusées en dehors du flux audiovisuel, telles que les displays ou affichages publicitaires, ne sont pas visées par la règle des 20% prévue dans les articles 20 et 22 du décret SMA. Néanmoins, concomitantes aux communications commerciales du flux vidéo, elles ont un effet redondant et amplificateur. Dès lors, le Collège recommande que ces communications commerciales en dehors du flux puissent toujours être évitées par un passage au mode plein écran. Les éditeurs veilleront de manière raisonnable à ce que l'utilisateur puisse recourir de manière aisée et rapide à ce procédé. Ainsi, le Collège veillera à ce que l'utilisateur ne soit pas confronté à des contraintes techniques qui l'amèneraient à renoncer à activer le mode plein écran.

De la même manière, le Collège recommande que le nombre de *displays, interstitiels, pré-home et pop-up* fasse l'objet d'une limitation quantitative raisonnable en temps (par visite) et en nombre (sur une page), en tenant compte du caractère intrusif du format utilisé. Ces limites pourraient utilement s'inspirer des règles d'autorégulation d'ores et déjà mises en place par l'industrie, comme le « capping » (limite donnée à la fréquence d'apparition d'une même publicité lors de la visite d'un site internet – ou de l'ensemble des sites internet d'une régie publicitaire – par un même visiteur).

⁴⁷ Cour de justice de l'Union européenne, Décision du 21 octobre 2015, « Renvoi préjudiciel – Directive 2010/13/UE – Notions de 'programme' et de 'service de médias audiovisuels' – Détermination de l'objet principal d'un service de médias audiovisuels – Comparabilité du service à la radiodiffusion télévisuelle – Inclusion de courtes vidéos dans une section du site d'un journal disponible sur Internet », *New Media Online GmbH vs Bundeskommunikationssenat*, p. 6.

⁴⁸ *Ibidem*.