

Recommandation relative aux communications commerciales sur les plateformes Internet

Synthèse

Champ d'application :

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

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) :
 - Édités sur le câble : par la RTBF et des éditeurs privés ;
 - Édités 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 ;
 - Édités sous formes d'applications multiplateformes.
- De services radiophoniques :
 - Édités sur Internet : par la RTBF et des éditeurs privés. On les appelle aussi web radios ;
 - Édités 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 »¹.

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.

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.

Contexte juridique :

L'article 1^{er}, 7° 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 ».*

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 CSA² 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 ;

¹ Recommandation relative au périmètre de la régulation des services de médias audiovisuels, 29 mars 2012, p. 16.
<http://www.csa.be/documents/1713>

² Note au Collège d'autorisation et de contrôle (non publiée) : CSA/CAC/2014.09.25/b.

- *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, bannière³, 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 ;
- *Le lien publicitaire* : des liens vers des produits ou services à vendre (des vêtements, voyages, etc.), généralement en bas de page.
-

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, nous proposons 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. Nous préconisons dès lors, s’agissant des communications commerciales

³ Terme généralement utilisé pour le display en haut de page.

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 régulation⁴. 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.

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

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

1.1. Contenu – règles qualitatives :

Contexte :

Les grandes règles qualitatives relatives à protection du public et à la défense des intérêts généraux⁵ 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 règlent 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;

⁴ Recommandation relative au périmètre de la régulation des services de médias audiovisuels, 29 mars 2012, p. 16.

⁵ Ne pas porter atteinte à la dignité humaine, comporter ou promouvoir de discriminations ; assurer une protection des mineurs, etc.

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;
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.

1.2. Transparence :

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) ».

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 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* 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-ci⁶. Par extension, le native advertising (cf. infra), dès lors qu'il répond également à la définition de la publicité doit être qualifié comme publicité.

⁶ « 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°).

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.

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.

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).

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> , habillage de site, 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).

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

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* ».

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 nous interpréterons 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'y 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 renoncer⁷.

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.

⁷ 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.

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 radio⁸ 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 séparation⁹ ; 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.

2.2. Identification de la nature de la communication commerciale

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* ».

⁸ Recommandation relative à la séparation entre les spots publicitaires et les programmes à la radio, 27 novembre 2014, <http://www.csa.be/documents/2412>

⁹ 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).

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 ».

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* »¹⁰. 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 appropriées¹¹. 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

¹⁰ Décision du 18 décembre 2014, p. 3.

¹¹ Décision du 7 juillet 2011 : p. 4.

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 dans le décret, il est d'usage de qualifier le publi-reportage de publicité dès lors qu'il répond à la définition de celle-ci¹². Par extension, le native advertising, dès lors qu'il répond également à la définition de la publicité doit être qualifié comme publicité.

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 ».*

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 :

- 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

¹² « 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°).

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 »¹³. Cette disposition « ne comporte en effet pas d'exigence relative à la durée de l'ensemble d'images concerné »¹⁴.

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).

¹³ 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.

¹⁴ *Ibidem*.