Collège d'autorisation et de contrôle

Décision du 13 juillet 2017

1. En cause BXFM ASBL dont le siège est établi à Avenue Marie de Hongrie, 64 boîte 9, 1083 Ganshoren.

2. Vu le décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, et en particulier les articles 136, § 1er, 12° et 159 à 161 ;

3. Vu l'avis 16/2016 du 24 juillet 2016 du Collège d'autorisation et de contrôle relatif au respect des engagements et des obligations de l'éditeur BXFM ASBL pour l'édition du service BXFM au cours de l'exercice 2015 ;

4. Vu le rapport d'instruction du 13 mars 2017 établi par le Secrétariat d'instruction du Conseil supérieur de l'audiovisuel ;

5. Vu les griefs notifiés le 21 avril 2017 à l'ASBL BXFM par lettre recommandée :

   - *« Avoir diffusé depuis mai 2016, de manière récurrente, et notamment entre le 20 et le 26 juin 2016, de la communication commerciale clandestine pour la marque Mint dans ses habillages d'antenne, dans ses tops horaires et dans ses jingles d'émission, en infraction à l'article 14 § 6 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels ;*

   - *Ne pas avoir respecté, notamment entre le 20 et le 26 juin 2016, son engagement à diffuser des programmes en relation avec sa thématique européenne à concurrence de plus de 9% du temps d'antenne, pris dans le cadre de sa réponse à l'appel d'offre 12 juillet 2012 ».*

6. Entendus M. Philippe Sala, Président, M. Michel Brunelli, Directeur des programmes et vice-président, ainsi que M. Charlez Primez, secrétaire général et directeur d'antenne, en la séance du 8 juin 2017 ;

1. Exposé des faits

7. Le Collège a décidé, suite à l'appel d'offre du 12 juillet 2012, d'autoriser l'éditeur à éditer un service de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre analogique. Cette décision a été prise sur base et en raison des engagements pris par l'éditeur à propos de l'édition de son service.

8. Le 29 juillet 2016, après avoir eu connaissance d'un rapprochement de l'éditeur avec Mint, le Secrétariat d'instruction a ouvert une instruction à l'égard de BXFM afin de pouvoir exercer les contrôles nécessaires.

9. Dans son rapport, le secrétariat d'instruction considère que l'éditeur diffuse de la publicité clandestine, notamment en raison des habillages « d'antenne », des habillages « de fréquences » et des top horaires faisant référence à Mint.

CSA | CONSEIL SUPERIEUR DE L'AUDIOVISUEL

10. Dans son rapport, le secrétariat d'instruction considère également que BXFM n'a pas respecté, notamment entre le 20 et le 26 juin 2016, les engagements pris dans sa réponse à l'appel d'offre du 12 juillet 2012 en matière de programmes européens.

2. Arguments de l'éditeur de services

2.1 Concernant le grief de diffusion de publicité clandestine

11. Selon M. Sala, Président, le mot « clandestin » signifie au dictionnaire « caché » ou « dissimulé ». Or, il n'a pas caché ou dissimulé de messages concernant Mint. Il déclare que depuis la période transitoire, allant de juin à octobre 2016, plus aucune référence à Mint n'a été faite en dehors d'écrans publicitaires. Il ajoute que, même durant la période transitoire, durant laquelle des références à Mint étaient faites au sein de différents écrans radio, il n'a pas eu l'intention de cacher tout ou partie de sa communication commerciale. A son estime, BXFM est la seule radio indépendante à entretenir un lien avec IP.

12. Il ajoute qu'à son estime BXFM est la seule radio indépendante à entretenir un lien avec IP.

2.2 Concernant le grief de non-respect des engagements

13. M. Sala fait part devant le Collège de son souhait de fournir un contenu important au sujet de l'Europe, de Bruxelles et des Bruxellois. A ce sujet, il invoque des changements dans l'auditorat auxquels il a dû s'adapter. S'il diffusait initialement des émissions classiques de la durée d'une heure ou plus, il est désormais contraint d'adapter son contenu. A titre d'exemple, il propose des capsules des 3 minutes entrecoupées de musique.

14. M. Sala demande au Collège de tenir compte de deux éléments. D'une part, le fait qu'une capsule de trois minutes nécessite, pour son montage, plus de 3 heures de travail, ce qui n'a pas été comptabilisé par le CSA et, d'autre part, le fait que le choix de la musique qu'il transmet est en lien avec les thèmes de Bruxelles internationale et de l'Europe. A cet égard, il déclare notamment proposer des chansons en d'autres langues que le français ou l'anglais et déplore que cet élément ne soit pas pris en compte par le Collège.

15. Selon M. Sala, les thèmes qui concernent l'Europe peuvent, tantôt, être difficilement distingués d'autres thématiques car il viennent se glisser entre des contenus plus généraux comme les informations, le « Journal des expats », les interviews d'artistes européens et l' « Agenda ». Il estime également que l'émission « Tour d'Europe », qui dure 1 heure, a été oubliée par les services du CSA lors de la comptabilisation des programmes européens.

16. Il souhaite que le Collège prenne en compte pour sa décision ce qui ne peut pas être comptabilisé. Il cite à ce sujet les journées passées par son équipe dans les locaux du Parlement européen et de la Commission afin de réaliser une émission à leur sujet. Il souhaite que soit prise en compte la promotion d'artistes européens sur les réseaux sociaux et la participation de sa radio à d'autres événements européens.

17. M. Sala revendique également l'indépendance totale de sa radio. Concernant la relation contractuelle avec Mint, il soutient avoir passé 10 mois de négociations avant de signer le contrat.

3. Décision du Collège d'autorisation et de contrôle

3.1. Sur le premier grief : communication commerciale clandestine.

18. Selon l'article 1, 10° du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, la communication commerciale clandestine consiste en : *« la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services dans des programmes lorsque cette présentation est faite de façon intentionnelle par l'éditeur de services dans un but publicitaire ou de vente et risque d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation. Une présentation est considérée comme intentionnelle notamment lorsqu'elle est faite moyennant paiement ou autre contrepartie ; »*

19. Trois conditions doivent donc être remplies afin de qualifier les émissions de communication commerciale clandestine.

- Premièrement, est nécessaire la présence d'une présentation verbale ou visuelle, dans un programme, de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services.

  Selon le Collège, les citations « Mint » constituent une présentation verbale de la marque. Il en va ainsi également pour les slogans « Mint » insérés indépendamment de toute citation de la marque lorsque ceux-ci lui sont à ce point assimilés que l'auditeur standard et normalement informé les identifie naturellement comme représentant la marque. Par contre, le slogan « La radio Pop-Rock » fait référence à un genre musical commun à plusieurs éditeurs et n'appelle pas en lui-même de référence à la marque Mint.

  La première condition est donc remplie.

- Deuxièmement, est requise l'intention publicitaire ou le but commercial de l'éditeur. L'intention publicitaire est présumée lorsque la présentation est faite moyennant paiement ou autre contrepartie.

  En l'espèce, la contrepartie est le fruit de deux conventions distinctes qui s'inscrivent dans une relation tripartie. Il y a, d'une part, la convention conclue entre l'éditeur et la SA Cobelfra et dont l'objet est la mise à disposition par Cobelfra des éléments constitutifs de la marque Mint au profit de la radio et en vue de leur exploitation pour la production de ses programmes. En vertu de cette première convention, BXFM s'engage à *« utiliser la marque Mint conjointement à son nom »*. Cobelfra s'engage, pour sa part, à mettre à disposition de la radio les éléments constitutifs de la marque Mint et cela en contrepartie d'une rémunération financière correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires publicitaire de BXFM. Un second accord a été conclu entre l'éditeur et

CSA | CONSEIL SUPERIEUR DE L'AUDIOVISUEL

la régie publicitaire IP. Tant l'éditeur que la société reconnaissent que le partenariat entre BXFM et de IP a rempli son objectif commercial. Le mécanisme de collaboration pris dans son ensemble comporte donc bien une contrepartie financière.

De plus, le Collège considère que la référence faite à Mint n'a pas un but éditorial comme semble le soutenir le Président de BXFM. En effet, la présence de la marque Mint est prépondérante sur les citations faisant référence à BXFM, au surplus l'éditeur est conventionnellement tenu de respecter les éléments constitutifs de la marque Mint lorsqu'il y fait référence. Il en découle que la citation de la marque Mint ne peut être perçue comme celle d'une source visant à référencer l'éditeur d'un programme mais découle bien d'une intention publicitaire.

Il s'ensuit que la deuxième condition est remplie.

- Pour que la troisième condition soit remplie, il est nécessaire qu'il existe un risque que le public soit induit en erreur sur la nature de la présentation. Dans sa jurisprudence constante, le Collège considère que le public risque d'être induit en erreur dès lors que les mentions de caractère publicitaire ne respectent pas le prescrit de l'article 14§1 du décret SMA[1], en matière d'indentification claire et de distinction nette de la communication commerciale par rapport à d'autres programmes. Il s'agit précisément de l'hypothèse de la mention Mint en dehors des fenêtres publicitaires durant lesquelles l'auditeur peut légitiment croire qu'il écoute la radio Mint plutôt qu'une radio qui en promeut une autre.

- La troisième condition est donc remplie.

20. Le Collège en conclut que la diffusion, à titre d'exemple, d'habillages identitaire et d'habillages de fréquence tels que « Mmm Mint. *BXFM a meilleure goût avec Mint sur 104,3. Mint.* », de tops horaires tels que « *Mmm, Mint. Vous écoutez BXFM, la radio Pop-Rock, il est x heure. Mint* » et des jingles d'émission fournis par Mint est constitutive de communication commerciale clandestine.

21. Le premier grief est donc établi.

3.2 Sur le second grief : le non-respect des engagements en matière de programmes européens

22. Dans sa réponse à l'appel d'offre du 12 juillet 2012. L'éditeur s'engage à diffuser 9% de programmes en lien avec le thème de l'Europe, c'est-à-dire 16 heures 30 par semaine.

23. Selon le monitoring réalisé durant la semaine du 20 au 26 juin 2016, en comptabilisant toutes les capsules, BXFM atteint 4 heures et 46 minutes de temps d'antenne dédié à des programmes européens, c'est-à-dire 2,84% du temps d'antenne total.

24. Le Collège considère que le temps de travail et la promotion d'artistes sur les réseaux sociaux qui, selon l'éditeur sont non-quantifiables, ne sont en effet pas de nature à permettre une comptabilisation, en outre, les engagements de l'éditeur ont été pris sur le

[1] Voir notamment : Décision du Collège d'autorisation et de contrôle di 1er septembre 2008 en cause la RTBF.

projet radiophonique et non sur d'autres plateformes. Par ailleurs, dans le respect de l'obligation d'égalité de traitement, le Collège applique la même méthode de quantification du temps d'antenne à tous les éditeurs et ne peut donc, pour le cas spécifique de BXFM, tenir compte du temps de travail et d'édition (informations que le Collège n'a d'ailleurs pas en sa possession et n'est pas en mesure de vérifier) alors que ces données ne sont pas prises en compte lorsqu'il s'agit d'autres éditeurs. A cet égard, BXFM ne se trouve pas dans une situation différente par rapport aux autres éditeurs relevant de la compétence du Collège.

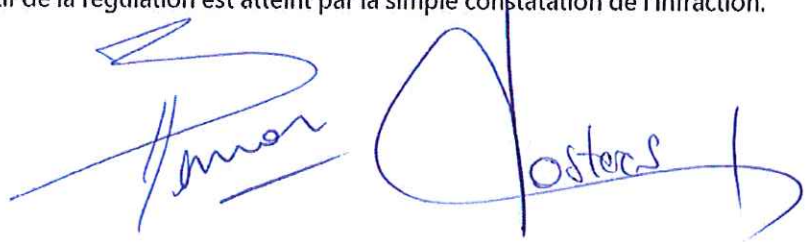
25. Bien qu'elle ait un impact positif, la comptabilisation de l'émission « Tour d'Europe » n'est pas suffisante pour atteindre le seuil de 9% auquel l'éditeur s'est engagé. De plus, certaines capsules annoncées par l'éditeur n'ont pas été trouvées par les services du CSA dans les enregistrements des programmes, ou ont été entendues de manière irrégulière. Il en découle que la comptabilisation de l'ensemble de ces programmes de 2016 ne permet pas à l'éditeur d'échapper à sa responsabilité.

26. Au surplus, le Collège estime qu'un programme musical généraliste, ou un autre programme généraliste, dont des fragments font référence à l'Europe ne peuvent être comptabilisés en tant que programmes européens. Ce qui avait été pris en compte au moment de l'analyse du dossier de candidature de l'éditeur et qui avait amené le Collège à le choisir au détriment d'autres candidats c'était bien un nombre conséquent de programmes de contenus ayant une thématique européenne et non la simple diffusion de musique issue de divers pays de l'Union.

27. Le Collège remarque néanmoins l'amélioration de la situation en 2017 par rapport au monitoring réalisé entre le 20 et le 26 juin 2016.

4. Décision

28. Par conséquent,

- considérant que les deux griefs sont établis ;
- considérant que l'éditeur s'est engagé à rectifier la situation et que celle-ci est en cours d'amélioration ;
- considérant entre autres qu'en matière de communication commerciale clandestine la situation a pris fin de l'initiative même de l'éditeur et que le Collège estime inopportun de sanctionner une infraction dont, certes, la réalité a été constatée notamment entre le 20 et le 26 juin 2016 mais qui depuis lors a cessé. Le collège estime donc qu'il est fait une juste appréciation de l'article 159 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels par la simple constatation de l'infraction.

29. Par conséquent, après avoir délibéré et en application de l'article 159 § 1er, 1° du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, le Collège d'autorisation et de contrôle considère que l'objectif de la régulation est atteint par la simple constatation de l'infraction.