



Autorité
luxembourgeoise
indépendante de
l'audiovisuel

DÉCISION DEC007/2022-A002/2021 du 16 mai 2022

du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel concernant une autosaisine à l'encontre du service *Théid&co* disponible sur la plateforme VOD de Post TV

Saisine

Le Conseil d'administration de l'ALIA (ci-après le « Conseil ») a décidé, lors de sa réunion du 28 juin 2021 de charger le directeur d'une instruction portant sur la programmation du service de télévision *Théid&co*.

Compétence

L'autosaisine vise le service à la demande *Théid&co*, notifié par la s.a. Post Telecom auprès du gouvernement luxembourgeois et relevant donc de la compétence du Luxembourg. Par conséquent, l'Autorité est compétente pour en connaître. La notification a été effectuée par Post Telecom, qui est destinataire de la présente décision.

Instruction

Le fournisseur de service a été informé de l'ouverture d'une instruction en date du 2 juillet 2021.

Dans sa note d'instruction du 17 septembre 2021, le directeur se réfère à certains épisodes des saisons 1 et 2 de *Théid&co*, dont les épisodes 1, 3, 13 et 14 ont particulièrement retenu son attention. Les séquences problématiques se rapportent d'un côté aux personnages « Schlappeking » et « Pöjemöpp », incarnés par l'acteur principal de l'émission et qui apparaissent à travers les deux saisons, et d'un autre côté à plusieurs contenus susceptibles d'être considérés comme des communications commerciales clandestines.

Sur le point d'une discrimination éventuelle en rapport avec les déclarations des personnages « Schlappeking » et « Pöjemöpp »

Le personnage « Schlappeking », qui apparaît dans plusieurs épisodes de l'émission, présente un vice de prononciation, aussi appelé zézaïement,



qui, d'après le directeur, peut être considéré comme un handicap. L'acteur, en mettant l'accent sur un trouble de l'articulation, le zézaïement en l'espèce, ridiculiserait une déficience dont souffrent beaucoup de personnes à travers le monde.

Le directeur renvoie ainsi à l'article 1^{er} paragraphe (2) point h) de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques (ci-après la « loi sur les médias électroniques ») qui prévoit le principe de non-discrimination comme principe fondamental devant être assuré par cette loi. Le principe de non-discrimination envers les personnes handicapées est également prévu par plusieurs sources de droit national et européen, à savoir la loi du 28 juillet 2011 portant approbation de la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées et l'article 21 point 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne respectivement.

Après analyse, le directeur conclut que certains traits du personnage « Schlappeking » provoquent des effets humiliants et ainsi discriminatoires envers des personnes souffrant d'un trouble d'articulation et que le fournisseur a partant enfreint les règles énoncées ci-dessus.

Le 2^e personnage sous examen, dénommé « Pöjemöpp », est présenté comme une personne homosexuelle présentant des traits très efféminés et l'accent des scènes est clairement mis sur ces traits féminins. Le directeur est d'avis que le personnage « Pöjemöpp » est susceptible de heurter particulièrement les sensibilités des téléspectateurs et notamment de ceux qui se trouvent stigmatisés de manière régulière en raison de leur orientation sexuelle. Il conclut donc que, sur ce point, le fournisseur a aussi porté atteinte aux règles en vigueur en matière de non-discrimination, l'article 21 point 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne posant plus précisément le principe de l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

Dans sa réponse écrite du 29 octobre 2021, le fournisseur explique tout d'abord que « *POST a pris la décision de suspendre la diffusion du contenu litigieux depuis le 12 juillet 2021, ainsi que pendant toute la durée de l'instruction dans l'optique de mener des débats apaisés, sans toutefois qu'une telle initiative ne soit à considérer comme une reconnaissance préjudiciable des griefs dont question dans les échanges* ».

Concernant les bases légales évoquées dans la note d'instruction du 17 septembre 2021, le fournisseur soulève en premier lieu que « (...) *l'article 1 de la loi sur les médias électroniques ne peut constituer une base légale recevable pour permettre à l'ALIA d'ouvrir une instruction.*



En effet, l'article 35sexies de la Loi sur les médias électroniques énumère de façon limitative les dispositions de la loi sur base desquelles l'ALIA peut valablement sanctionner une violation "manifeste, sérieuse et grave". Or l'article 1 n'en fait pas partie ».

Le fournisseur continue en expliquant que « (P)ar ailleurs, cet article 1(2)(h) ne semble pas être le fondement valable, car la lettre de l'article et les travaux parlementaires montrent que s'il vise à garantir la non-discrimination, il s'agit de la non-discrimination dans l'accès aux médias électroniques, pas dans les contenus ».

Le directeur invoque à cet égard que le Conseil d'administration de l'ALIA, dans sa décision du 20 juillet 2020¹ relative à une émission qui était également de nature humoristique/satirique, a clairement mis l'accent sur l'importance de protéger les valeurs fondamentales, tels que le principe de non-discrimination et le respect de la dignité humaine, prévus à l'article 1^{er} de la loi sur les médias électroniques. À cette occasion, le Conseil avait prononcé une amende d'ordre de 5.000,- euros conformément à l'article 35sexies de la loi sur les médias électroniques après avoir constaté que le fournisseur en question avait violé le principe du respect de la personne humaine et de sa dignité, prévu à l'article 1^{er} (2) (c) de cette même loi. Le Conseil avait encore retenu en l'occurrence que « (...) le fait de diffuser des allusions discriminatoires et inappropriées basées sur le sexe ou l'orientation sexuelle crée, sinon contribuer à créer ou à soutenir le développement, d'une ambiance dans la société consistant à dénigrer ces parties de la population, pratiques inacceptables qu'il convient de combattre d'une façon globale ».

Le fournisseur estime que « pour appréhender des contenus discriminatoires, l'ALIA pourrait se placer sur le fondement de l'article 26bis qui requiert une "incitation à la haine ou à la violence" ». En effet, parmi les articles auxquels l'article 35sexies fait référence, l'article 26bis est celui qui se rapprocherait le plus de l'exigence de non-discrimination. Or, celui-ci exigerait précisément que soit constatée une « incitation à la haine ou à la violence ». Le fournisseur procède dès lors, en partant de l'hypothèse que l'ALIA poursuit ses accusations sur base de l'article 26bis, à une analyse des personnages « Schlappeking » et « Pöjemöpp » au regard des notions d'incitation à la haine ou à la violence et conteste finalement que « la représentation des personnages Schlappeking et Pöjemöpp constitue une quelconque incitation à la violence ou à la haine,

¹ Décision DEC017/2020-P002/2019 du 20 juillet 2020 du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel concernant une plainte à l'encontre du service RTL II



à des comportements de rejet, d'exclusion ou plus largement de discrimination ».

Concernant le personnage « Schlappeking », le fournisseur se réfère à la première pastille de l'émission, lors de laquelle le personnage explique « (...) *qu'il a un éclat fiché dans la langue qu'il ne veut pas, et craint de se faire enlever* » et qu'il suffirait de « *retirer son éclat pour parler sans zézaïement* ». Le zézaïement ferait ainsi partie de la fainéantise du personnage mais ne constituerait pas « (...) *un comportement de rejet ou d'exclusion envers les personnes qui zézaient, ce qui caractérise l'acte de "discrimination" juridiquement parlant* ».

Quant au personnage « Pöjemöpp », le fournisseur rappelle à nouveau que le programme « (...) *s'inscrit dans un cadre comique et que la création d'une caricature humoristique passe par une exagération des traits des personnages* ». Le personnage serait aussi connu du grand public qui serait « (...) *en mesure de faire la part des choses (...) et s'attend même à ce genre d'humour* ». Il n'y aurait par conséquent pas lieu de considérer que le jeu de l'acteur dans son interprétation d'un personnage homosexuel inviterait le téléspectateur à adopter un comportement de rejet ou une intention stigmatisante vis-à-vis des personnes homosexuelles et encore moins à créer une quelconque « discrimination » au sens juridique du terme.

Le directeur tient à préciser dans ce contexte que : « (É)tant donné que nous n'avons affirmé à aucun moment de notre instruction que les personnages Schlappeking et Pöjemöpp violaient les règles relatives à l'incitation à la haine ou à la violence, nous nous abstenons de prendre position par rapport à l'argumentation du fournisseur ».

Il réitère toutefois sur ce point que « (...) *les messages véhiculés sont discriminatoires, inappropriés et faites aux dépens de certains groupes de la population, plus précisément les personnes handicapées et les homosexuels* ».

Au sujet de la protection de la liberté d'expression et du format humoristique, le fournisseur soutient que « (L)'ALIA se refusait habituellement à opérer un jugement quant à la qualité d'un format humoristique ». De plus, le fournisseur soulève que l'ALIA pose dans sa décision « Nova S »² « (...) *avec force le principe qui veut que le format*

² Décision DEC015/2021-P010/2021 du 3 mai 2021 du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel concernant une plainte à l'encontre du service Nova S



humoristique bénéficie d'une "très large liberté d'expression", et que, par conséquent, sa mission se limite à constater des infractions "manifestes, sérieuses et graves" ». Le fournisseur considère également que « (...) la liberté d'expression exercée par un humoriste comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, dans le prolongement de la récente décision "RTL Télé Lëtzebuerg"³ de l'ALIA ».

Le directeur opine dans ce contexte : « (A)lors que l'ALIA se veut évidemment protecteur des droits et libertés fondamentales dont fait partie la liberté d'expression, il importe de noter qu'elle procède, dans le cadre de chaque dossier, à une analyse au cas par cas de tous les éléments en cause afin de déterminer si les limites de la liberté d'expression ont été atteintes ou non ». Ainsi, même si le Conseil d'administration aurait, dans sa décision du 20 juillet 2020 précitée, réitéré que « la satire bénéficie en règle générale d'une grande liberté dans sa forme d'expression », il développe en même temps qu'elle « ne saurait justifier la mise au pilori de personnes ou de groupes particuliers de la population en raison de leur (...) orientation sexuelle ». En l'espèce, le directeur est d'avis que la présentation des personnages « Schlappeking » et « Pöjemöpp » dépasserait largement les limites de ce qui est à qualifier comme humoristique ou satirique en diffusant des allusions blessantes et humiliantes envers les personnes homosexuelles et handicapées à travers plusieurs épisodes de l'émission *Théid&co*.

Le directeur conclut que le fournisseur aurait enfreint les règles en vigueur en matière de non-discrimination. Tout en prenant en considération l'absence d'antécédents, il propose au Conseil d'administration de prononcer, sur ce point, une amende d'ordre de 2.500 euros.

Sur le point d'une potentielle violation des règles en matière de communications commerciales

Dans un des épisodes de *Théid&co*, l'acteur se sert d'une bouteille de bière de la marque « Corona », affichée pendant environ une minute, afin de faire une comparaison avec la vaccination contre le virus COVID-19. Par conséquent, le directeur s'est interrogé sur la conformité de cet affichage par rapport aux règles en vigueur en matière de placement de produit afin de déterminer s'il ne s'agissait pas d'une communication commerciale

³ Décision DEC025/2021-P001/2020 du 20 septembre 2021 du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel concernant une plainte à l'encontre du service *RTL Télé Lëtzebuerg*



clandestine. Il a donc demandé au fournisseur s'il y a eu un paiement et/ou autre contrepartie de la part de la marque « Corona » en vue de la diffusion de l'épisode en question de *Théid&co*. Il a également informé le fournisseur que le Conseil d'administration a, dans sa décision du 19 octobre 2020⁴, retenu qu'afin d'établir l'existence d'une communication commerciale pouvant être qualifiée comme étant « clandestine », d'autres critères que ceux repris de façon exemplative dans la loi (e.g. le paiement ou autre contrepartie) devraient être appliqués, dont notamment le caractère répétitif ou démesuré de l'apparition d'une marque sur l'écran.

Le directeur a conclu que même si l'apparition de la marque « Corona » n'était pas répétitive, l'apparition de la bouteille affichant le nom de la marque serait néanmoins démesurée, étant donné que cette dernière serait visible pendant environ une minute en premier plan sans que ceci ne soit justifié par des nécessités éditoriales.

Le fournisseur, dans sa réponse écrite, confirme dans un premier temps qu'il n'aurait pas reçu de contrepartie de la marque « Corona » et soutient par conséquent qu'il ne s'agissait en aucun cas d'une communication commerciale déguisée, voire clandestine. En ce qui concerne l'arrêt Eleftheri tileorasi et Giannikos de la Cour de Justice de l'Union européenne⁵, cité dans la note d'instruction du directeur, le fournisseur est d'avis que si l'arrêt « (...) *exclut la condition indispensable d'une rémunération ou d'une contrepartie, [il] ne manque pas de préciser que cette exclusion doit s'inscrire dans un cadre légal où un Etat membre prévoirait d'autres conditions* ».

Dans sa note d'instruction, le directeur a également relevé que, dans certains épisodes, la marque et le logo de « Post Luxembourg » sont quasi omniprésents. Il a vérifié par conséquent la conformité de cette forme d'autopromotion au droit applicable en matière de communications commerciales. En raison de l'insertion des références promotionnelles dans le programme lui-même, des illustrations de produits comme celle de l'application « PostTV Go » par l'acteur, ainsi que de la fréquence avec laquelle le logo de la marque est affiché, le directeur a conclu que cette promotion est contraire à la législation applicable en matière de communications commerciales. Le directeur a renvoyé à la décision D026-

⁴ Décision DEC026/2020-P005/2019 du 19 octobre 2020 du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel concernant une plainte à l'encontre du service *RTL 4*

⁵ CJUE, arrêt Eleftheri tileorasi et Giannikos du 9 juin 2011, C-52/10, EU :C :2011 :374).



2020 du Conseil d'administration développée ci-dessus en expliquant au fournisseur qu'il s'agit en l'occurrence d'une utilisation démesurée de la marque et des services proposés par « Post Luxembourg » et que, dans un cas comme celui en l'espèce, il serait judicieux d'obscurcir le logo de l'entreprise ou d'utiliser un nom fictif par exemple.

Dans son argumentaire, le fournisseur justifie l'apparition des logos de la marque « Post Luxembourg » par le fait que le personnage envisagé serait un facteur luxembourgeois et qu'il serait « (...) ainsi normal qu'apparaissent à l'écran des éléments familiers à la population luxembourgeoise, lesquels sont destinés à camper rapidement et mettre en contexte le personnage et rappeler sa profession ». Les services prétendument promus seraient « (...) des services rendus par POST Courrier, une division de l'établissement public POST Luxembourg, la société-mère de POST Telecom S.A. qui a toutefois une personnalité juridique distincte de celle-ci ». Le fournisseur soutient partant qu'il ne saurait être question d'une « autopromotion », étant donné que « POST Telecom » n'offrirait pas de services postaux. Il estime par ailleurs qu'il ne s'agirait pas non plus d'une promotion clandestine « (...) en ce que ni POST Telecom, ni M. Marc Schmit (...) n'ont obtenu une quelconque rémunération pour promouvoir les services prestés par POST Courrier. Les épisodes sont écrits et joués librement par M. Marc Schmit et n'ont aucunement pour objet la promotion d'une activité commerciale ou d'une prestation de service proposée par POST Telecom, voire par le groupe POST. Il n'est fait mention d'aucune manière que ce soit à un prix ou tarif ou encore de présentation des produits ». Le fournisseur soulève finalement que « POST Courrier est le seul opérateur postal assurant le service postal sur le territoire grand-ducal. Il n'y a que les facteurs de POST Courrier qui assurent les tournées postales classiques, de sorte que si M. Marc Schmit en tant que comédien et artiste veut personnifier un facteur au Luxembourg, il est quasi inévitable pour lui de mettre en scène un facteur POST Courrier. Les blagues et l'humour faits au détriment des facteurs sont somme toute un classique qui se retrouve également dans les différentes cultures alentour ».

Le directeur maintient sa position initiale relative aux apparitions de la marque « Corona » et « Post Luxembourg » puisqu'il s'agirait dans ces deux cas d'une utilisation démesurée, dans le cas du logo « Post » même répétitive, qui ne serait pas justifiée par de quelconques raisons éditoriales.

En ce qui concerne l'argumentation du fournisseur concernant l'interprétation de l'arrêt Eleftheri tileorasi et Giannikos, le directeur renvoie aux explications fournies par le Conseil d'administration dans le



cadre de sa décision du 8 mars 2021⁶, lors de laquelle ce dernier a clarifié « la nécessité de conférer à l'arrêt de la CJUE une portée plus large » étant donné que « la référence faite dans cet arrêt à la possibilité d'une réglementation étatique établissant d'autres critères pour asseoir le caractère intentionnel d'une publicité figure dans les seuls motifs de l'arrêt au regard de la situation en cause au principal, tandis que le dispositif précise plus largement que la directive "doit être interprétée en ce sens que l'existence d'une rémunération ou d'un paiement similaire ne constitue pas un élément nécessaire pour pouvoir établir le caractère intentionnel d'une publicité clandestine", sans limiter l'existence d'un tel pouvoir d'appréciation à une 'réglementation étatique' ». De plus, le Conseil a attiré l'attention sur le fait que « l'article 2, sous 3), de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques, qui reprend textuellement le prescrit de l'article 1^{er}, sous d), de la directive, ouvre directement la possibilité d'avoir recours à d'autres critères que celui énuméré à titre purement exemplatif pour établir le caractère intentionnel de la présentation du produit en cause dans un but publicitaire » et a à cet égard précisé « que le principe de primauté et d'efficacité du droit de l'Union européenne font obligation aux autorités nationales d'appliquer leur droit national dans un sens qui soit conforme à la directive et permette de réaliser les objectifs poursuivis par celle-ci, plus particulièrement l'objectif visé en l'espèce au considérant n° 33 de l'arrêt cité ».

Au vu de ce qui précède, le directeur est d'avis que le fournisseur a enfreint les règles en vigueur en matière de communications commerciales. Dès lors, il propose au Conseil d'administration de prononcer, sur ce point, une amende d'ordre de 2.500,- euros à l'encontre de ce dernier.

Audition du fournisseur de service par le Conseil d'administration

Le fournisseur a été convoqué par le Conseil en date du 1^{er} décembre 2021 pour sa réunion du 10 janvier 2022 afin de se positionner par rapport aux conclusions du directeur.

Le fournisseur souligne de façon générale qu'il se distancie du rôle de producteur de contenu mais voudrait, plutôt en tant qu'agrégateur, supporter le milieu et la production culturels à travers la diffusion de formats mettant en scène des artistes luxembourgeois. Le contenu ayant

⁶ Décision DEC010/2021-D002/2021 du 8 mars 2021 du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel concernant un recours gracieux de la CLT-Ufa s.a. contre la décision D026/2020-P005/2019 du 19 octobre 2020 du Conseil de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel



été diffusé exclusivement sur Post TV, il a paru logique à Post d'en assurer également la responsabilité éditoriale.

Le fournisseur expose que suite à l'instruction ouverte par l'ALIA, il a pris la décision de suspendre la diffusion du contenu litigieux depuis le 12 juillet 2021 sans que cette initiative ne soit à considérer comme une reconnaissance de ses torts. Elle aurait plutôt déclenché une réflexion en interne et une meilleure prise de conscience de sujets potentiellement sensibles pouvant heurter des spectateurs.

Le fournisseur voudrait toutefois souligner qu'aucune plainte ne lui a été adressée de la part du public dans le contexte de la diffusion du format sous analyse. Il souligne au contraire que l'élément de programme rencontre un grand succès auprès du public.

Lors de la réunion du 10 janvier 2022, après un rappel détaillé des émissions sous objet de la présente affaire ainsi qu'un rappel de la procédure, le fournisseur a pris position comme suit aux griefs formulés par le directeur.

Sur le grief tiré d'une violation du principe de non-discrimination en rapport avec les déclarations des personnages « Schlappeking » et « Pöjemöpp »

Le fournisseur conteste d'abord la compétence de l'Autorité de se prononcer sur ce grief.

Plus précisément, il conteste les bases légales invoquées par le directeur dans son instruction concernant la représentation des personnages « Schlappeking » et « Pöjemöpp », à savoir l'article 1^{er} de la loi sur les médias électroniques et l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le législateur aurait défini de manière précise dans l'article 35^{sexies} le cadre légal dans lequel l'Autorité peut prononcer des sanctions disciplinaires. Or, les dispositions précitées n'en feraient pas partie.

Par ailleurs, il ressortirait des travaux parlementaires de la loi sur les médias électroniques que si l'article 1 (2) h) visait à garantir la non-discrimination, il s'agirait plutôt de la non-discrimination dans l'accès aux médias électroniques, et non en ce qui concerne les contenus diffusés.



Le fournisseur ajoute que si l'Autorité devait envisager de prononcer une sanction sur une base légale autre que celles soulevées par le directeur dans le cadre de son instruction, elle méconnaîtrait ses droits de la défense.

Finalement, le fournisseur soulève la prescription du grief en s'appuyant sur l'article 35*sexies* (3) de ladite loi, dans la mesure où il ne s'agirait pas de faits ponctuels repris des épisodes 1, 3, 13 et 14 de « SCHMIT HAPPENS » qui seraient mis en question, mais de l'existence même des personnages « Schlappeking » et « Pöjemöpp ». Or, la création de ces personnages serait un fait remontant à plus d'un an de l'autosaisine de l'Autorité.

Quant au fond, le fournisseur soulève en premier lieu l'inapplicabilité de l'article 1 (2) h) de la loi sur les médias électroniques, alors que les reproches avancés seraient relatifs à des contenus satiriques dont le caractère discriminatoire ne serait pas démontré.

Par la suite, le fournisseur continue à affirmer que la représentation des personnages en cause ne dépasserait pas les limites de ce qui est acceptable au nom de la liberté d'expression et ne constituerait pas une discrimination envers un groupe de population spécifique. De façon générale, un format satirique serait, de par sa nature, destiné à forcer les traits de certains personnages de sorte que l'appréciation de ce qui est permis dans le contexte de la liberté d'expression devrait être faite de manière différente selon le format sous analyse. Le fournisseur justifie sa position par une série de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, des tribunaux luxembourgeois ainsi que du Conseil de l'ALIA.

Sur le grief tiré d'une violation de la législation applicable en matière de communications commerciales

Le fournisseur soutient qu'il n'a pas diffusé des communications commerciales clandestines interdites par les dispositions légales en cause.

En premier lieu, le fournisseur soulève que les présentations visuelles des marques « Corona » et « Post » ne seraient pas à qualifier de publicité télévisée au sens de l'article 2 (12) de la loi sur les médias électroniques, pour ne pas avoir contribué à la promotion du fournisseur. Les sketches en question terniraient plutôt l'image des marques « Corona » et « Post » et ne sauraient partant être qualifiés de publicités télévisées ou de communications commerciales clandestines.



A titre subsidiaire, le fournisseur évoque que les présentations visuelles en cause ne seraient pas à qualifier de communications commerciales « clandestines » au sens de l'article 2(3) de la loi sur les médias électroniques, faute d'avoir été faites de façon intentionnelle dans un but publicitaire.

Le fournisseur donne à considérer qu'il n'y avait aucun paiement ou contrepartie en échange des présentations réalisées et conteste leur caractère répétitif et démesuré.

Etant donné que les présentations visuelles des marques précitées auraient été tout sauf favorables aux entreprises liées, alors qu'elles ternissent plutôt l'image des marques en raison de leur caractère bafouant, les conditions pour qualifier ces communications de « clandestines » ne seraient pas remplies.

Discussion

L'Autorité peut, aux termes de l'article 35*sexies* de la loi sur les médias électroniques, être saisie de plaintes « *au sujet du non-respect par un service de média audiovisuel ou sonore relevant de la compétence du Luxembourg d'une disposition de la présente loi, ou prise en exécution de la présente loi ou d'un cahier des charges* ». L'Autorité peut encore agir si elle prend connaissance de sa propre initiative d'un manquement à une des dispositions pertinentes de la loi, des règlements grand-ducaux d'exécution ou des concessions, permissions et cahier des charges.

Sur le grief tiré d'une violation du principe de non-discrimination en rapport avec la représentation et les déclarations des personnages « Schlappeking » et « Pöjemöpp »

Le directeur considère que certains traits du personnage « Schlappeking » provoquent des effets humiliants et ainsi discriminatoires envers des personnes souffrant d'un trouble d'articulation et que le personnage « Pöjemöpp », qui est présenté comme une personne homosexuelle affichant des traits très efféminés, est susceptible de heurter singulièrement les sensibilités des téléspectateurs, plus particulièrement de ceux qui se trouvent stigmatisés de manière régulière en raison de leur orientation sexuelle.

Dans sa note d'instruction du 17 septembre 2021, le directeur invoque en premier lieu l'article 1^{er} de la loi sur les médias électroniques et en



deuxième lieu l'article 21 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

À titre principal, le fournisseur soulève l'incompétence de l'Autorité pour prononcer une sanction sur la base des dispositions précitées.

Le Conseil estime que la logique juridique impose d'examiner d'emblée le grief tiré du défaut de compétence du Conseil.

Le Conseil rappelle que, conformément à l'article 35bis (1) de la loi sur les médias électroniques, il « (...) se prononce sur la recevabilité d'une plainte et l'ouverture d'une instruction, constate les violations à la présente loi et aux règlements pris en exécution de celle-ci, ainsi que les manquements aux obligations découlant des concessions, permissions et des charges assortis et prononce le cas échéant une des sanctions prévues à l'article 35sexies de la présente loi, le directeur entendu en son avis ».

Le pouvoir de sanction de l'Autorité est défini à l'article 35sexies (3) de la loi sur les médias électroniques :

« Si l'Autorité prend connaissance, soit de sa propre initiative soit par le biais d'une plainte, d'un manquement par un fournisseur de médias audiovisuel ou sonore transmettant un service de média audiovisuel ou sonore visé par la présente loi aux dispositions des articles 3, 5, 13(3), 15(6), 17(4), 17(5), 18(3), 20, 21(1), 21(2), 22(1), 22(4), 23(1), 23(2), 23bis, 23ter, 23quater (2), 23quater (3), 23quater (4), 25(1), 25(5), 26bis, 27, 27bis, 27ter, 28, 28bis, 28ter, 28quater, 28quinquies, 28sexies, 28septies, 34, 35quinquies (2), à une disposition d'un des règlements grand-ducaux pris en exécution de la présente loi ainsi qu'aux concessions/permissions et cahier des charges qui leur sont assortis, elle invite le fournisseur concerné par lettre recommandée à fournir des explications. Cette procédure ne peut toutefois être déclenchée pour des faits remontant à plus d'un an. Si l'Autorité conclut au terme de la procédure que le service a enfreint de manière manifeste, sérieuse et grave les dispositions applicables, elle prononce en fonction de la gravité des faits, l'une des sanctions disciplinaires suivantes :

- a) le blâme,*
- b) le blâme avec obligation de lecture d'un communiqué à l'antenne,*
- c) une amende d'ordre de 250 à 25.000 euros.*

Les blâmes et les amendes ne peuvent être prononcés que pour autant que les manquements ne fassent pas l'objet d'une sanction pénale ».



Il ressort des termes mêmes de ladite disposition que le pouvoir de sanction de l'Autorité à l'égard des fournisseurs de médias audiovisuels ou sonores transmettant un service de média audiovisuel ou sonore se limite à l'inobservation des dispositions des articles de la loi sur les médias électroniques énumérés à l'article 35*sexies* (3) de ladite loi, des dispositions des règlements grand-ducaux pris en exécution de ladite loi et des concessions/permissions et cahiers des charges qui leur sont assortis.

C'est dès lors à bon droit que le fournisseur soutient que l'Autorité ne dispose pas en l'occurrence d'un pouvoir de sanction en raison de manquements à l'interdiction de discrimination au sens de l'article 1 (2) h), de la loi sur les médias électroniques et de l'article 21 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, invoqués par le directeur dans ses conclusions, dans la mesure où ces dispositions ne sont pas visées par les articles de la loi sur les médias électroniques énumérés à l'article 35*sexies* (3) de ladite loi.

En effet, en l'absence de « concessions/permissions et cahier des charges », le Conseil peut sanctionner le fournisseur uniquement pour un manquement aux dispositions limitativement énumérées à l'article 35*sexies* (3) de la loi sur les médias électroniques et les règlements d'exécution de cette loi, dont, comme il a été relevé précédemment, ne font pas partie les dispositions légales invoquées par le directeur qui a par ailleurs exclu expressément dans ses conclusions toute référence à l'article 26*bis* (a) de la même loi, relatif à l'« incitation à la violence ou à la haine » pour des motifs discriminatoires, comme fondement de son grief.

Si certains principes visés à l'article 1^{er} de la loi sur les médias électroniques ont pu être invoqués dans les décisions antérieures du Conseil, cela s'explique plus particulièrement par le fait que lesdits principes pouvaient se rattacher à d'autres dispositions de la loi sur les médias électroniques et/ou à des dispositions relevant du cahier de charges des fournisseurs respectifs⁷, alors qu'il est constant en l'espèce que le service en cause n'est pas assorti d'un cahier des charges, n'ayant fait

⁷ Voir par exemple décision DEC035/2021-P018-P021/2021 du 13 décembre 2021 du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel, 1^o (s'agissant du reproche d'« incitation à la haine ou à la violence » fondée sur des motifs discriminatoires); pour une décision fondée sur l'inobservation des règles « en matière de protection des mineurs », lues à la lumière de l'article 1^{er}(2) c) de la loi sur les médias audiovisuels, relatif au « respect de la dignité humaine », voir décision DEC017/2020-P002/2019 du 20 juillet 2020 du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel, citée par le directeur dans ses conclusions.



l'objet en tant que service à la demande que d'une simple notification par application de l'article 23^{ter} de la même loi.

Au vu des développements qui précèdent, le Conseil conclut qu'il est en l'espèce incompétent pour connaître du grief tiré d'une prétendue violation du principe de non-discrimination, tel que formulé par le directeur.

Sur le grief tiré de la méconnaissance de la législation applicable en matière de communications commerciales

Aux termes de l'article 2 (1) de la loi sur les médias électroniques on entend par « *communication commerciale audiovisuelle* » « *des images, combinées ou non à du son, qui sont conçues pour promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique; ces images accompagnent un programme audiovisuel ou une vidéo créée par un utilisateur ou y sont insérées moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion. La communication commerciale audiovisuelle revêt notamment les formes suivantes: publicité télévisée, parrainage, télé-achat et placement de produit; ».*

Selon l'article 2 (12) de ladite loi, on entend par « *publicité télévisée* » « (...) *toute forme de message télévisé, que ce soit moyennant paiement ou autre contrepartie, ou de diffusion à des fins d'autopromotion par une entreprise publique ou privée ou une personne physique dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou d'une profession dans le but de promouvoir la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris les biens immeubles, ou de droits et d'obligations* ».

L'article 27^{bis} paragraphe 1 (a) de la loi susmentionnée dispose que « *les communications audiovisuelles clandestines sont interdites* ».

L'article 2 (3) de cette même loi définit la « *communication commerciale audiovisuelle clandestine* » comme « (...) *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 le fournisseur de services de médias audiovisuels dans un but publicitaire et risque d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation, la présentation étant considérée comme intentionnelle notamment lorsqu'elle est faite contre paiement ou autre contrepartie* ».



Le Conseil souligne que cette dernière disposition retient comme condition caractéristique de la publicité clandestine l'intention promotionnelle qui l'anime. Cette intention ne se présume pas.

Le Conseil a, dans une décision antérieure, précisé, en renvoyant à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 9 juin 2011, Eleftheri tileorasi et Giannikos (C-52/10, EU:C:2011:374)⁸, que « (...) l'article 2, sous 3), de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques, qui reprend textuellement le prescrit de l'article 1^{er} sous d), de la directive, ouvre directement la possibilité d'avoir recours à d'autres critères que celui énuméré à titre purement exemplatif pour établir le caractère intentionnel de la présentation du produit en cause dans un but publicitaire ».⁹

Par conséquent l'analyse du caractère intentionnel doit s'étendre au-delà de l'élément de contrepartie financière ou autre inscrit à l'article 2 (3) de la loi précitée, de sorte que le Conseil peut être amené à prendre en considération d'autres critères, qui sont à apprécier au cas par cas, a fortiori en cas d'autopromotion.

a) Concernant la présentation visuelle de la marque « Corona »

N'étant pas établi que la présentation visuelle de la marque « Corona » ait fait l'objet d'une contribution financière ou autre à la réalisation du programme, le Conseil considère que le critère à prendre en considération afin d'analyser un éventuel caractère intentionnel consiste à évaluer l'importance de la présence de cette marque dans la production.

Selon le directeur, le caractère intentionnel de la présentation visuelle de la marque « Corona » dans un but publicitaire par le fournisseur se déduit

⁸ Selon la Cour dans cet arrêt, l'article 1^{er} (d) de la directive 89/552/CEE, telle que modifiée, doit être interprété en ce sens que l'existence d'une rémunération ou d'une contrepartie d'une autre nature ne constitue pas une condition indispensable pour établir le caractère intentionnel d'une publicité clandestine. Selon la Cour, toute autre interprétation de l'article 1^{er} (d) risquerait de compromettre la protection complète et adéquate des intérêts des téléspectateurs que vise à assurer la directive, notamment par l'interdiction de la publicité clandestine, et pourrait en outre priver de son effet utile cette interdiction compte tenu de la difficulté, voire de l'impossibilité, de prouver l'existence d'une rémunération ou d'une contrepartie d'une autre nature en échange d'une publicité dans certains cas, alors que la publicité présente pourtant toutes les caractéristiques d'une publicité clandestine.

⁹ Décision DEC010/2021-D002/2021 du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel du 8 mars 2021, page 5 ; voir également la décision DEC032/2020-A006/2019 du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel du 20 septembre 2020.



du caractère démesuré de cette présence, étant donné que la bouteille arborant la marque est visible pendant environ une minute en premier plan sans que ceci n'ait été justifié par des nécessités éditoriales.

Lors de son audition en date du 10 janvier 2022, le fournisseur soulève à cet égard que la marque n'est citée qu'une seule fois, pendant quelques secondes et que cette citation est en lien avec le contenu du programme, dont le but est de tourner en dérision un fait divers improbable : la baisse des ventes de la bière « Corona » pendant la pandémie en raison de son nom. Il ne s'agirait nullement d'inciter à l'achat ce produit, dont les coordonnées de l'entreprise n'auraient pas été indiquées. Enfin, l'apparition de la marque ne lui semble pas non plus disproportionnée en taille alors qu'elle n'occuperait que 1% de l'écran.

Après visionnage de l'élément de programme en question, le Conseil conclut que la présentation visuelle de la marque « Corona » ne saurait être qualifiée de publicité clandestine au sens de l'article 2 (3) de la loi sur les médias électroniques.

En effet, aux yeux du Conseil, la présentation visuelle de la marque de bière « Corona » ne constitue pas un « corps étranger » dans le déroulement de la production¹⁰, mais s'intègre dans le scénario en ayant pour objet, ainsi que le soutient le fournisseur, de jouer sur la similitude entre ladite marque et le nom attribué à la COVID-19. Par ailleurs, ladite marque de bière n'apparaît qu'une seule fois au cours du sketch et, bien qu'étant discernable pour un téléspectateur attentif, n'a pas été démesurément mise en exergue alors notamment qu'elle n'occupait qu'une faible partie de l'écran, de sorte qu'une prééminence caractérisant une intention publicitaire ne saurait être établie.

Pour ce seul motif, et sans qu'il y ait lieu d'examiner l'argument du fournisseur selon lequel l'absence de caractère flatteur de la présentation de la marque sous examen s'opposerait à sa qualification comme publicité, le Conseil conclut dans les circonstances de l'espèce que le fournisseur, en diffusant l'image de la marque de bière « Corona », n'a pas enfreint les règles en vigueur en matière de communications commerciales.

b) Concernant la présentation visuelle de la marque « POST »

¹⁰ Voir en ce sens décision DEC032/2020-A006/2019 du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel du 7 décembre 2020, p. 6.



Dans le contexte de l'apparition répétée de la marque « POST », le fournisseur conteste la qualification de cette présentation comme constitutive d'une autopromotion.

Dans son argumentaire, le fournisseur soulève notamment que les services prétendument promus seraient des services rendus par « POST Courrier », une division de l'établissement public « POST Luxembourg », la société-mère du fournisseur « POST Telecom S.A. », qui aurait une personnalité juridique distincte de celle-ci. Il en conclut qu'il ne pourrait s'agir d'une « autopromotion ».

Le Conseil écarte d'emblée cette argumentation en ce qu'elle représente une différenciation injustifiée, les deux entités, qui font partie du même groupe, étant étroitement liées et connues du public sous la même dénomination « POST » et sous le même logo. La question de l'existence d'une autopromotion est partant à analyser sous l'angle du groupe POST.

Le fournisseur fait valoir également que, dans les circonstances de l'espèce, une quelconque « promotion » du groupe POST ne saurait être établie, la présentation de la marque « POST » au cours des épisodes en question ayant été défavorable aux entreprises liées et aurait pour effet de ternir l'image de marque de POST Courrier.

Face aux contestations du fournisseur, le directeur maintient sa conclusion selon laquelle il s'agit d'une utilisation démesurée et répétitive de la marque en cause, qui ne serait pas justifiée par de quelconques raisons éditoriales.

Le Conseil relève que l'article 2 (2) précité de la loi sur les médias électroniques, qui fait expressément référence à la notion d'« autopromotion », ne comporte pas de définition de celle-ci.

Dans le langage courant, l'autopromotion peut être définie comme « *publicité en bande annonce réalisée sur un support de presse (journal, magazine, radio, télévision) pour mettre en avant l'un de ses produits (émission, supplément)* »¹¹ ou services.

La doctrine¹² distingue essentiellement deux formes d'autopromotion dans le secteur des médias :

¹¹ Dictionnaire en ligne LAROUSSE.

¹² L'AUTOPROMOTION DES CHAÎNES DE TÉLÉVISION, Catherine Chamagne, Victoires éditions « LEGICOM », N° 16, pages 27 à 43, ISSN 1244-9288/1998/1.



– d’une part, les publicités officielles qui font la promotion des produits et services du fournisseur ;

– d’autre part, des formes plus insidieuses de promotion pour les produits et les services du fournisseur qui ont lieu au cours d’émissions, hors écrans publicitaires et hors bande-annonce, et qui soulèvent notamment des questions de déontologie professionnelle¹³.

Inhérent à la définition de l’« autopromotion » est l’objectif de « *promouvoir* » la consommation d’un produit ou d’un service, qui est d’ailleurs commun aux différentes formes de publicité commerciale au sens de l’article 2(1) de la loi sur les médias électroniques, et qui peut être défini comme l’action d’inciter à l’achat ou de « *tenter d’augmenter les ventes d’un produit* »¹⁴ ou d’un service. Le caractère incitatif ou promotionnel de la publicité est dès lors inhérent à toute communication commerciale au sens de la loi précitée¹⁵.

Le Conseil constate en premier lieu que le verbe « *promouvoir* », tel qu’employé notamment à l’article 2 (2) et (12) précité, ne s’analyse pas nécessairement en une publicité élogieuse du produit ou du service en cause.

Il s’ensuit que, contrairement à l’argumentation du fournisseur, la qualification d’autopromotion ne suppose pas nécessairement une illustration positive ou flatteuse de la marque en question. Le fait de faire connaître le nom d’une marque, fût-ce dans un registre humoristique, voire en recourant à la dérision, peut, selon les circonstances, être suffisant aux fins de sa qualification en tant que communication commerciale dès lors que la présentation est susceptible d’inciter à l’achat en faisant mieux connaître le nom d’une entreprise, d’un produit, d’un service ou d’une marque. Ainsi, des mises en avant répétées, comme en l’occurrence, des services fournis par le groupe POST dans la perspective raisonnable d’en tirer un quelconque avantage promotionnel, bien qu’en usant d’une forme de publicité humoristique versant dans la moquerie et la dépréciation, sont suffisantes aux yeux du Conseil afin de les qualifier d’autopromotion.

En effet, l’analyse des éléments du programme en question révèle que la marque « POST » et les services fournis par la division « Courrier » sont omniprésents dans la production, y compris des illustrations de produits comme celle de l’application « *PostTV Go* ». En raison de l’avantage

¹³ Ibidem, page 28, §1er

¹⁴ Dictionnaire en ligne « LINTERNAUTE »

<https://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/promouvoir/>.

¹⁵ Voir, en ce qui concerne l’aspect promotionnel dans certaines définitions, Linda Arcelin, JurisClasseur Concurrence – Consommation, fasc. 792, Publicité, Règles générales, n° 4.



promotionnel que ces présentations, bien que caricaturales, de la marque « POST » sont susceptibles de représenter pour le groupe POST par rapport à d'autres prestataires, le Conseil retient la qualification d'autopromotion à leur égard au sens de l'article 2 (2) et (12) de la loi sur les médias électroniques.

En ce qui concerne l'examen du caractère clandestin des communications commerciales en cause au sens de l'article 2 (3) de la même loi, le Conseil est d'avis que, en l'espèce, le critère à prendre en considération afin d'établir, le cas échéant, le « but publicitaire » poursuivi est la présence répétitive de la marque « POST » dans la production¹⁶.

La doctrine retient à cet égard qu'« (...) il y a but publicitaire lorsque l'intention du diffuseur n'est plus d'informer le téléspectateur, mais d'assurer la promotion de biens ou de services: un produit peut, en toute régularité, être présenté dans un programme dès lors que cette présentation revêt un caractère informatif (mention objective et ponctuelle du produit, sans recours à des arguments publicitaires) »¹⁷.

Dans le cas d'espèce, le Conseil confirme la conclusion du directeur et retient que, comme il a été relevé précédemment, la présence de la marque litigieuse est non seulement répétitive, mais également démesurée, et revêt un caractère promotionnel, sans qu'une telle présence ne soit justifiée par les nécessités de l'émission et sans que les messages publicitaires ne soient identifiés comme tels.

Le fournisseur affirme à cet égard que la personnification d'un facteur luxembourgeois rendrait inévitable la référence au groupe POST.

Le Conseil considère que cette argumentation ne justifie pas une prééminence à l'écran telle que constatée en l'espèce, alors que rien n'empêchait le fournisseur d'employer un service ou une marque imaginaire afin d'éviter toute qualification de communication commerciale clandestine.

Selon le Conseil, l'intention publicitaire clandestine dans le chef du fournisseur est d'autant plus avérée en l'espèce que le groupe POST a mis expressément à la disposition du principal protagoniste des épisodes en

¹⁶ Pour une application identique, voir, notamment, décision DEC026/2020-P005/2019 du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel du 19 octobre 2020 ;

¹⁷ Les questions clés de l'audiovisuel, Dixit 1996, question n° 97, Comment reconnaître la publicité clandestine ?, p. 472



cause les locaux, véhicules, produits et services du groupe POST affichant visiblement le logo de la marque « POST » afin d'être utilisés au cours de ces épisodes.

Partant, le fournisseur a enfreint de manière manifeste, grave et sérieuse les règles en vigueur en matière de communications commerciales clandestines, plus particulièrement l'article 27bis paragraphe 1 (a) de la loi sur les médias électroniques.

Décision

Le Conseil décide de prononcer un blâme à l'encontre du fournisseur.

Ainsi fait et délibéré lors des réunions du Conseil du 24 janvier 2022, 14 mars 2022, 28 mars 2022 et 16 mai 2022 par :

Thierry Hoscheit, président
Valérie Dupong, membre
Marc Glesener, membre
Luc Weitzel, membre
Claude Wolf, membre

Pour expédition conforme.

Thierry Hoscheit
Président

Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le tribunal administratif à l'encontre de la présente décision en vertu de l'article 35sexies de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques. En vertu de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ce recours est formé par requête signée d'un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés par les conseils des Ordres des avocats dans un délai de trois mois à partir de la notification de la présente ou à partir du jour où vous avez pu en prendre connaissance.



Un recours gracieux par écrit peut également être introduit auprès de l’Autorité. Dans ce cas, le délai pour introduire le recours contentieux est suspendu. Si dans les trois mois à compter de l’introduction du recours gracieux une nouvelle décision intervient ou si aucune décision n’intervient, un nouveau délai de trois mois pour introduire le recours contentieux devant le tribunal administratif commence à courir.

La rubrique « Recours contre un acte administratif » sur le site ci-après : <https://guichet.public.lu.html> fournit de plus amples informations concernant les droits des administrés en matière de recours.