



Autorité
luxembourgeoise
indépendante de
l'audiovisuel

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

Saisine

En date du 16 avril 2019, le régulateur néerlandais *Commissariaat voor de Media* avait transmis à l'Autorité une plainte relative à la diffusion, en date du 6 avril 2019, de l'émission *Paul pakt uit !* sur *RTL 4*.

D'après le plaignant, la marque de champagne *Moutard* apparaîtrait en excès au cours de l'émission *Paul pakt uit !*

Par décision du 19 octobre 2020, le Conseil d'administration de l'ALIA (ci-après le « Conseil ») a retenu de prononcer un blâme à l'encontre de la s.a. CLT-Ufa au motif que la présence de la marque en question est non seulement répétitive, mais également démesurée, étant donné que, lors de son apparition, elle couvre à plusieurs reprises une bonne partie de l'écran sans qu'une telle présence ne soit justifiée par les nécessités du jeu.

Le Conseil a renvoyé, dans sa décision, 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), dans lequel la Cour a retenu que 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.



Le Conseil a argumenté que s'il ne dispose pas, à l'heure actuelle, d'un pouvoir d'investigation à l'instar d'autres autorités de régulation, ni du pouvoir d'émettre des lignes directrices contraignantes, il doit (tout en s'appuyant sur sa pratique courante dans le domaine de la protection des mineurs,) pour les raisons évoquées dans l'arrêt *Eleftheri tileorasi et Giannikos*, précité, examiner le dossier à la lumière d'autres critères que ceux repris de façon exemplative dans la loi. Sur cette base, le Conseil a retenu que la nature et l'ampleur de la présence à l'écran de la marque de champagne en question était de nature à caractériser une publicité clandestine.

Par courrier du 26 janvier 2021, le fournisseur de service a introduit un recours gracieux contre la décision du Conseil du 19 octobre 2020.

Arguments

Violation de la loi

Le fournisseur fait valoir en premier lieu que l'apparition d'une marque de champagne telle que mise en scène lors de l'émission sous examen ne pourrait être qualifiée de communication commerciale clandestine au sens de la loi de 1991 et que, par conséquent, il n'y aurait aucune violation « *manifeste, grave et sérieuse* » des dispositions légales applicables. Le législateur luxembourgeois, du fait d'avoir transposé fidèlement les dispositions de la directive SMA 2010/13/UE, aurait « *fait le choix de ne pas prévoir dans la Loi de 1991 d'autres critères ou d'autres présomptions [i.e. des critères autres qu'une rémunération ou une contrepartie d'une autre nature] permettant à l'ALIA d'établir le caractère intentionnel d'une publicité clandestine* ». Le fournisseur argumente que la directive SMA 2010/13/UE prévoit, dans son considérant 78 que « *(l)es Etats membres doivent conserver la faculté de fixer des règles plus strictes ou plus détaillées en fonction de critères linguistiques, pour autant que ces règles respectent le droit de l'Union et, notamment, ne soient pas applicables à la retransmission de programmes originaires d'autres Etats membres* » et que l'arrêt de la CJUE 9 juin 2011, *Eleftheri tileorasi et Giannikos*, confirmerait cette faculté au profit des Etats membres en précisant que la directive SMA n'exclurait pas « *qu'une réglementation d'un Etat membre prévoie, outre l'existence d'une rémunération ou d'un paiement similaire, d'autres critères permettant d'établir le caractère intentionnel d'une publicité clandestine* » (point 36 de l'arrêt *Eleftheri tileorasi et Giannikos*).

Or, le législateur luxembourgeois aurait non seulement retenu de ne pas prévoir d'autres critères permettant à l'Autorité d'établir le caractère



intentionnel d'une publicité clandestine, mais il n'aurait pas non plus conféré au régulateur un pouvoir lui permettant d'établir des lignes directrices ayant force contraignante. La décision du Conseil manquerait dès lors de base légale.

Principe de la légalité des incriminations

La CLT-Ufa s.a. conteste en second lieu la légalité des incriminations au motif « *que le texte légal auquel il est renvoyé est trop imprécis* ». Le fournisseur renvoie à cet effet à un avis du Conseil d'Etat¹ (qui aurait été confirmé dans un arrêt de la Cour constitutionnelle en matière disciplinaire²) qui demande, dans le contexte de la légalité des sanctions administratives « *une définition suffisamment précise et claire de l'incrimination, pour exclure tout arbitraire* » ou pour « *assurer la prévisibilité des sanctions attachées à un comportement précis* ».

En renvoyant aux critères invoqués par le Conseil pour qualifier la présentation incriminée de la marque de champagne, le fournisseur est d'avis que ceux-ci ne « *satisfont pas aux exigences découlant du principe de la légalité des incriminations telles que énoncées par le Conseil d'Etat et la Cour constitutionnelle* » étant donné qu'ils ne seraient ni prévus par la directive SMA 2010/13/UE, ni par la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques. Le fournisseur soutient dès lors que cette absence de critères « *ne permet pas de prononcer une sanction administrative sous peine de violer le principe constitutionnel de la légalité des incriminations* ».

L'appréciation au fond de l'affaire

Le fournisseur conteste à titre subsidiaire et quant au fond que la présentation de la marque de champagne puisse être assimilée à une communication commerciale clandestine au sens de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques. Le fournisseur réitère à cet endroit ses propos avancés dans ses observations adressées au directeur en date du 4 octobre 2019 dans le cadre de l'instruction du dossier pour réaffirmer, moyennant deux attestations testimoniales, que l'émission en question n'aurait pas été sponsorisée par la marque de champagne en cause.

¹ Avis du 22 novembre 1994 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant: 1) l'entrée et le séjour des étrangers 2) le contrôle médical des étrangers 3) l'emploi de la main-d'œuvre étrangère (doc. parl. N° 4013).

² Cour constitutionnelle 3 décembre 2004, n° 24/04, Mém. 2004, p. 2962 et s.



Violation « manifeste, sérieuse et grave »

Le fournisseur estime en dernier lieu qu'en l'état actuel de la législation, aux termes de l'article 35^{sexies}, paragraphe 3, de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques, une violation des règles applicables devrait impérativement être « manifeste, sérieuse et grave » pour être « sanctionnable ». Or, au vu des arguments avancés, le fournisseur estime que « (m)ême s'il y avait eu violation des textes légaux, quod non, aucune sanction n'aurait pu être prononcée à notre égard ».

Appréciation

Après analyse, le Conseil retient que les développements présentés par la s.a. CLT-Ufa dans le cadre de son recours gracieux n'apportent pas d'aspects nouveaux par rapport aux arguments avancés par le fournisseur dans ses prises de position présentées antérieurement à la décision entreprise. Partant, le Conseil maintient son appréciation initiale et renvoie le fournisseur aux motifs de sa décision du 19 octobre 2020.

Le Conseil tient à préciser à toutes fins utiles, pour rencontrer certains aspects de l'argumentation développée par la s.a. CLT-Ufa

- en ce qui concerne le moyen tiré de la violation de la loi
 - o que, dans son arrêt *Eleftheri tileorasi et Giannikos* (C-52/10, EU:C:2011:374), la CJUE a été saisie d'un litige dans lequel une réglementation nationale prévoyait des critères additionnels autres que ceux énoncés par l'article 1^{er} (d) de la directive 89/552/CEE, telle que modifiée, pour apprécier le caractère clandestin d'une publicité, de sorte que sa réponse ne peut être interprétée a contrario comme excluant la possibilité dans le cadre d'un droit national d'introduire dans l'examen afférent d'autres critères par une voie autre qu'une réglementation normative, alors qu'elle n'était pas appelée à se prononcer sur cette dernière question ;
 - o que la nécessité de conférer à l'arrêt de la CJUE une portée plus large que celle soutenue par le fournisseur résulte encore de ce 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 » ;

- que la circonstance que le pouvoir législatif ou réglementaire luxembourgeois n'a pas expressément prévu d'autres critères est sans incidence, dès lors 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 publicitaire³, étant 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 ;
- que la circonstance que l'ALIA ne s'est pas directement vue octroyer un pouvoir réglementaire est sans incidence, dès lors qu'il lui appartient d'appliquer, dans toute la mesure du possible, la réglementation régissant le secteur des médias audiovisuels au regard des exigences posées par la directive telle qu'interprétée par le juge de l'Union qui postule en l'espèce une interprétation large de la disposition en cause, et cela indépendamment de la faculté pour les Etats membres de prévoir des règles plus détaillées ou plus strictes dans les domaines couverts par la directive ;
- en ce qui concerne le moyen tiré de la légalité des incriminations
 - que la s.a. CLT-Ufa en tant que professionnelle du secteur des médias dispose manifestement des connaissances et compétences nécessaires pour pouvoir identifier sans difficulté une publicité clandestine à travers une présence démesurée à l'écran d'une marque ou d'un produit ;
 - que le cadre de cette appréciation a d'ailleurs été précisé par l'arrêt *Eleftheri tileorasi et Giannikos* (C-52/10, EU:C:2011:374) de la CJUE, rendu le 9 juin 2011 ;

³ Voir à cet effet également la décision DEC032/2020-A006/2019 du Conseil d'administration de l'Alia du 20 septembre 2020.



- en ce qui concerne l'appréciation au fond
 - o que la s.a. CLT-Ufa admet l'existence de la marque de champagne présentée à l'écran et que l'intrigue du jeu ne nécessitait en aucune façon la présentation d'une marque de champagne existant réellement ;
- en ce qui concerne la notion de violation manifeste, sérieuse et grave
 - o que la violation constatée est manifeste en ce qu'elle ne peut manifestement pas échapper à un professionnel du secteur des médias, qu'elle est sérieuse en ce qu'elle contrevient à une règle de base de la réglementation européenne sur la sincérité des communications commerciales et qu'elle est grave en ce qu'elle compromet la protection complète et adéquate des intérêts des téléspectateurs.

Décision

Le Conseil rejette le recours gracieux introduit en date du 26 janvier 2021 par la CLT-Ufa s.a. contre la décision D026/2020-P005/2019 du 19 octobre 2020.

Ainsi fait et délibéré lors de la réunion du Conseil du 8 mars 2021 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 réformation 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.