



Autorité
luxembourgeoise
indépendante de
l'audiovisuel

DÉCISION DEC032/2021-P007/2021 du 29 novembre 2021

du Conseil d'administration de l'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel concernant une plainte à l'encontre du service *RTL 5*

Saisine

Le Conseil d'administration de l'ALIA (ci-après le « Conseil ») est saisi d'une plainte adressée originellement au Commissariaat voor de Media des Pays-Bas (ci-après le « CvdM »), relative à la diffusion de communications commerciales clandestines sur le service *RTL 5* lors de l'élément de programme « Big Brother », et transmise par cette autorité le 1^{er} mars 2021.

Les griefs formulés par le plaignant

D'après le plaignant, l'élément de programme « Big Brother » contenait, à plusieurs reprises, des publicités clandestines pour l'activité d'un des participants de l'émission, Matt Herrijgers. En effet, le plaignant soutient que Matt Herrijgers porte presque tous les jours un pull affichant son nom d'artiste « Matt Ardeo ». Il est donc d'avis qu'il s'agit d'une publicité clandestine, étant donné que les téléspectateurs n'ont pas été informés de ce genre de contenu avant, pendant ou après l'émission. Le plaignant soulève également que cela crée une concurrence déloyale à l'égard d'autres artistes indépendants.

Compétence

La plainte vise le service de télévision *RTL 5*, partant un service couvert par une concession accordée par le gouvernement luxembourgeois et relevant donc de la compétence du Luxembourg. Par conséquent, l'Autorité est compétente pour en connaître. La concession pour la chaîne *RTL 5* a été accordée à la s.a. CLT-Ufa, établie à 43, boulevard Pierre Frieden, L-1543 Luxembourg, qui est destinataire de la présente décision.

Instruction

Lors de sa réunion du 8 mars 2021, le Conseil d'administration a chargé le directeur de l'instruction du dossier sous rubrique.



Le fournisseur de service a été informé de l'ouverture d'une instruction en date du 10 mars 2021.

Après visionnage de l'élément de programme en question, le directeur relève, dans sa note d'instruction du 30 juillet 2021, qu'un des participants, Matt Herrijgers, portait effectivement, à plusieurs reprises à l'antenne, un pullover affichant, à l'avant et à l'arrière, son nom d'artiste « Matt Ardeo ».

Le directeur rappelle que l'article 2 paragraphe 2 de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques définit la notion de « communication commerciale » comme « *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 (...) ou y sont insérées moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion* ».

Selon l'article 27bis paragraphe 1 (a) de la loi précitée, toute communication commerciale doit être facilement reconnaissable, les communications commerciales clandestines étant partant interdites.

Dans la suite, le directeur a examiné si les communications commerciales en question, qui n'ont pas été identifiées comme étant de nature commerciale, sont à qualifier comme « communications commerciales clandestines » au sens de la loi pré-mentionnée. Il relève que les communications commerciales clandestines sont définies à l'article 2 (3) de la loi précitée 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* ».

Concernant la qualification d'une communication commerciale comme « clandestine », le directeur renvoie à une décision du Conseil d'administration de l'ALIA du 19 octobre 2020¹ qui, s'appuie sur l'arrêt

¹ 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



Eleftheri Tileorasi et Giannikos de la Cour de justice de l'Union européenne du 9 juin 2011 (C-52/10, EU:C:2011:374). La Cour y a retenu 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 et a décidé que d'autres critères que ceux repris de façon exemplative dans la loi peuvent, dans une logique de protection complète et adéquate des intérêts des téléspectateurs, être pris en considération afin de qualifier les présentations en question comme étant clandestines. Dans sa décision du 19 octobre 2020, le Conseil, afin d'établir l'existence d'une communication commerciale pouvant être qualifiée comme étant « clandestine », a pris en considération le caractère répétitif et démesuré de l'apparition de la marque dont il s'agissait, qui couvrait à plusieurs reprises une bonne partie de l'écran sans qu'une telle présence ne fût justifiée par les nécessités de l'information.

Dans le dossier sous rubrique, le fournisseur, dans son courrier-réponse du 31 mars 2021, explique tout d'abord que « *initially, the production company of this programme (Banijay Benelux/EndemolShine) was not aware that "Matt Ardeo" was the artist name of the participant* » et que « *following the present complaint (forwarded by Commissariaat voor de Media on 1 March 2021) the producer took appropriate measures immediately and removed the sweater from the house (March 2nd 2021). The participant was called to account on this matter* ».

Par la même occasion, le fournisseur informe le directeur que « *the participants of Big Brother, in accordance with the participant agreement, are not allowed to wear clothes with commercial logos, branding and/or copyrighted images during the participation in the programme. All the bags and personal belongings of the participants are thoroughly checked by the producer before entering the Big Brother house* ». Le fournisseur conclut que « *contrary to what was stated by the complainant, the programme does not contain any form of audiovisual commercial communication (i.e. surreptitious audiovisual commercial communication). There was no intention to serve as advertising and the public is not misled with regard to the nature of the representation of the artist name of this participant* ».

Au vu de ces explications, le directeur considère qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une communication commerciale « clandestine ». Bien qu'on puisse admettre que le participant Matt Herrijgers ait profité de sa participation à l'émission « Big Brother » pour promouvoir ses activités professionnelles exercées sous le nom « Matt Ardeo », aucun élément du dossier ne donne, d'après le directeur, raison de croire que cette présentation ait été faite de façon intentionnelle par la s.a. CLT-Ufa dans



un but publicitaire et risquant donc d'induire les téléspectateurs en erreur sur la nature de cette présentation.

Le fournisseur se rallie aux conclusions du directeur dans son courriel du 30 août 2021, en ce qu'il estime à son tour qu'il ne s'agit pas d'une communication commerciale clandestine en l'espèce et qu'il n'a dès lors « *pas de commentaires supplémentaires à y ajouter* ».

Au vu de ce qui précède, et étant donné qu'il considère que les dispositions relatives aux communications commerciales clandestines n'ont pas été enfreintes en l'espèce, le directeur propose au Conseil d'administration de classer le dossier sous rubrique sans suite.

Audition du fournisseur de service par le Conseil d'administration

Le fournisseur a été convoqué par le Conseil d'administration en date du 16 septembre 2021 pour sa réunion du 18 octobre 2021 afin de se positionner par rapport aux conclusions du directeur. Par courriel du 14 octobre 2021, le fournisseur a fait savoir qu'il ne présenterait ni des observations orales ni des observations écrites supplémentaires dans le dossier sous rubrique.

Par courriel du 22 novembre 2021, le fournisseur, convoqué à nouveau en audition en date du 29 novembre 2021 afin de pouvoir se positionner par rapport au complément d'instruction dont question ci-après, a fait savoir qu'il ne présenterait ni des observations orales ni des observations écrites supplémentaires.

Discussion

L'Autorité peut, aux termes de l'article 35^{sexies} de la loi modifiée du 27 juillet 1991 relative aux 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.

Lors de sa réunion du 18 octobre 2021, le Conseil d'administration a chargé le directeur d'un complément d'instruction afin de demander au fournisseur de service de lui transmettre le document dénommé « *participant agreement* », mentionné par la CLT-Ufa dans son



argumentaire et informant sur les conditions fixées en matière de « branding » pour l'émission sous examen, et de se renseigner en parallèle auprès du régulateur néerlandais CvdM sur le degré de popularité aux Pays-Bas du protagoniste « Matt Ardeo ».

Dans un courriel du 21 octobre 2021, le directeur a demandé au CvdM 1° si Matt Herrijgers est une personnalité publique bien connue au public néerlandais et, dans l'affirmative, de lui préciser le degré de notoriété de l'artiste, 2° si la marque ou le nom d'artiste « Matt Ardeo » sont bien connus au public néerlandais (en indiquant, de nouveau, son degré de notoriété) et, dans l'affirmative, de lui préciser si la marque ou le nom d'artiste est facilement reconnaissable pour (la plupart) des téléspectateurs modérément attentifs, et 3° si le téléspectateur moyen est conscient du fait que « Matt Ardeo » est la marque ou le nom d'artiste du participant Matt Herrijgers.

En réponse à ce courriel, le CvdM explique, dans son courriel du 1^{er} novembre 2021, que « *from what we can observe online (looking at Matt Herrijgers' website and his profiles on Instagram, Facebook, Spotify and Soundcloud), he undertook all kinds of activities under his own name until about 2017. This also applies to his work as a DJ/MC and producer. Whether Herrijgers is recognized by the public and linked to Matt Ardeo is rather difficult to establish. In any case, searches on the internet do not result in an overload of hits/links at Ardeo Events when typing Matt Herrijgers. However, those hits are often 'Big Brother' related. Based on what we've found so far, we get the impression that 'the Dutch public' might not have Herrijgers or Matt Ardeo as a brand/artist name on top of mind. Most of his bookings relate to the Dutch province of North Brabant. Although we have not looked at the geographical data of the Insta followers (there are a few thousands), we can imagine that they are also mainly located in North Brabant. But that's just an estimate based on a first glimpse of his social media accounts. Matt Herrijgers' career has apparently (in his own words) been given a boost by participating in the Big Brother program. It is unclear to what extent the prints on his t-shirt contributed to his fame. Most online publications about his participation and especially his departure from the Big Brother show are about a hefty amount that he would have won* ».

Par courriel du 21 octobre 2021, le directeur a demandé au fournisseur de lui faire parvenir 1° l'accord de participation selon lequel les participants ne sont pas autorisés de porter des vêtements avec des logos commerciaux, des marques et/ou des images protégées par les droits d'auteurs pendant leur participation au programme, et 2° les accords explicites qui ont été



conclus entre la CLT-Ufa (Dutch Broadcasting Division) et le producteur en ce qui concerne la production de l'élément de programme.

En réponse à ce courriel, le fournisseur explique, dans son courriel du 27 octobre 2021, que « *please note that CLT-UFA is not a party to the “participation agreement” entered into between the producer EndemolShine Nederland and the participants of the reality show “Big Brother” and that CLT-UFA is bound by strict confidentiality obligations. We are therefore not in a position to produce the full contract. However, with a view to further the complementary investigation, we hereby submit an extract from the Big Brother House Rules (“Huisregels”), a document in Dutch language. The reference in the letter of CLT-UFA dated 31 March 2021 according to which participants are not allowed to wear clothes with commercial logos, branding and/or copyright images stems from the text highlighted in yellow at the bottom of page 4. We also attach extracts from CLT-UFA’s General Conditions for Productions (“Algemene Productie Voorwaarden CLT-UFA S.A.”). Article 18 of the General Conditions deals with advertising, product placement and sponsoring. Article 18.2 states that the producer is not entitled to make agreements in relation to sponsoring and product placement unless CLT-UFA has given its consent in writing. Article 18.4 states that the producer is fully aware of the regulation applicable to CLT-UFA on advertising, sponsoring and product placement and that the producer guarantees full compliance with such regulation. Article 1 g) states that CLT-UFA is a Luxembourg based company operating the media licenses* ».

Dans son courrier du 31 mars 2021, le fournisseur avait indiqué que « *the producer took appropriate measures immediately and removed the sweater from the house (March 2nd 2021). The participant was called to account on this matter* ». Lors de son instruction, le directeur avait vérifié si le participant Matt Herrijgers portait toujours le pullover affichant le nom « Matt Ardeo » lors des épisodes diffusés après le 2 mars 2021. Le visionnage de ces épisodes mentionnés a révélé que ledit participant ne portait plus le pullover en question jusqu'au moment de son élimination de l'émission « Big Brother » en date du 16 mars 2021. Il ne le portait pas non plus lors de la finale de l'émission, diffusée en date du 8 avril 2021.

Après analyse de tous les éléments du dossier, il y a d'abord lieu de constater que le fournisseur de service a établi, dans un accord de participation auquel sont liés tous les protagonistes du format « Big Brother », les conditions d'accès à l'antenne. Selon cet accord, les participants ne sont pas autorisés à porter des vêtements avec des logos commerciaux, des marques et/ou des images protégées par les droits d'auteurs pendant leur participation au programme.



Si, d'une part, il ne semble pas établi sans équivoque que le degré de notoriété de « Matt Ardeo » soit tel que, en particulier, le fournisseur aurait d'emblée dû avoir conscience du fait que l'inscription « Matt Ardeo » sur le pullover du participant Matt Herrijgers représente une marque ou un nom d'artiste, le Conseil estime d'autre part que le seul fait de l'inscription sur le pullover aurait dû susciter une réaction de la part du fournisseur afin de vérifier un éventuel arrière-fond de publicité dans le chef du participant Matt Herrijgers. Or, le fournisseur, même en ayant ses propres lignes directrices à sa disposition, a omis d'effectuer le contrôle nécessaire qui aurait pu écarter tout doute éventuel sur la nature de l'inscription sur le pullover du protagoniste et risquant éventuellement d'induire les téléspectateurs en erreur sur la nature de cette présentation.

De ce qui précède, le Conseil retient que la façon de procéder est le résultat d'une négligence certaine dont a fait preuve le fournisseur de service. Il exhorte le fournisseur à veiller plus étroitement au contrôle des conditions d'accès à l'antenne des participants de formats tel que celui sous examen. Le Conseil a pris acte du fait que la CLT-Ufa n'est pas parmi les parties contractantes de l'accord de participation susmentionné ; il rappelle dans ce contexte que la responsabilité éditoriale finale incombe toutefois dans tous les cas de figure au fournisseur de service.

Dès lors que, dans les circonstances particulières de l'espèce, une intention publicitaire manifeste dans le chef du fournisseur ne saurait cependant être déduite de la seule apparition répétée de l'inscription litigieuse ni d'autres critères applicables, alors qu'il ressort de l'article 2 (3) de la loi modifiée du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques² qu'une publicité clandestine doit être « faite de façon intentionnelle par le fournisseur de services de médias audiovisuels dans un but publicitaire », le Conseil conclut que le service n'a pas enfreint de manière manifeste, sérieuse et grave les dispositions lui applicables.

Décision

Au vu de ce qui précède, le Conseil décide :

L'affaire est classée.

² Voir, en ce qui concerne l'article 1^{er}, sous d), de la directive 89/552, telle que modifiée, arrêt Eleftheri tileorasi et Giannikos, précité, point 29.



Ainsi fait et délibéré lors de la réunion du Conseil du 29 novembre 2021
par :

Thierry Hoscheit, président
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 35^{sexies} 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.