

Collège d'autorisation et de contrôle

Décision du 23 octobre 2008

(Dossier d'instruction 32/08)

En cause de la S.A. BTV, dont le siège est établi Chaussée d'Ixelles 227 b à 1050 Bruxelles ;

Vu le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, et en particulier ses articles 133, § 1^{er}, 5° et 10° et 156 à 160 ;

Vu le rapport d'instruction établi par le Secrétariat d'instruction du Conseil supérieur de l'audiovisuel ;

Vu le grief notifié à BTV par lettre recommandée à la poste le 9 mai 2008 :

« d'avoir diffusé à plusieurs reprises au cours des mois de mars et avril 2008, et le 3 avril 2008 au moins, sur le service AB4, des programmes de télé-achat en contravention aux articles 14 §§ 1^{er} et 28 §§ 3 et 6 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion » ;

Vu le mémoire en réponse du 11 septembre 2008 ;

Entendu Maître Jean-Louis Lodomez, avocat, en la séance du 11 septembre 2008.

1. Exposé des faits

L'éditeur a diffusé, durant les mois de mars et avril 2008, les programmes suivants : Télé-achat, Profils, l'appel gagnant.

La durée cumulée de diffusion de ces programmes dépasse régulièrement trois heures par jour. Ainsi, le 3 avril 2008, la durée cumulée s'élève à 6 heures 14 minutes.

2. Argumentaire de l'éditeur de services

2.1. L'éditeur soutient que l'annonce de l'émission « l'appel gagnant » en tant que télé-achat, conformément à la décision du 21 février rendue par le Collège d'autorisation et de contrôle, n'a pas pu être réalisée dès les premières semaines qui ont suivi la décision en raison de la nécessité de commander et de faire réaliser, par un sous-traitant, un jingle spécifique cette émission. L'éditeur était tributaire de l'agenda des tiers.

2.2 L'éditeur estime que la durée de diffusion journalière des programmes de télé-achat diffusés sur AB4 est conforme aux dispositions nouvelles de la directive SMA entrée en vigueur le 19 décembre 2007 et bénéficiant selon lui d'un effet direct en droit interne.

En effet, selon l'éditeur, la directive et les principes qu'elle dégage produisent des effets juridiques à l'égard des Etats membres dès son entrée en vigueur dans la mesure où le délai de transposition ne constitue en rien un délai suspensif à son entrée en vigueur.

Il soutient que même si ce délai n'est pas encore expiré, il n'en demeure pas moins que ces principes sont entrés en vigueur et que les instances nationales se doivent d'en assurer le plein effet en laissant

inappliquée toute disposition contraire de la loi nationale conformément aux arrêts Inter-Environnement Wallonie¹ et Mangold².

Enfin la S.A. BTV estime que la limitation de diffusion journalière ne peut, ni être objectivement nécessaire, ni relever de l'intérêt public général, en ce que le considérant 59 de la directive préciserait que le maintien de cette limitation ne serait pas proportionné aux objectifs d'intérêt général.

3. Décision du Collège d'autorisation et de contrôle

Les griefs notifiés à la SA BTV portant sur les modalités de diffusion de programmes de télé-achat, tant en termes d'identification que de durée de celui-ci, il convient au préalable de trancher la question de la qualification des programmes susmentionnés.

Le législateur décretaal a défini le « *programme de télé-achat* » comme étant « *la diffusion d'offres directes au public en vue de la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris des biens immeubles, ou de droits et d'obligations* » (article 1^{er} 28° du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion).

Cet article mentionne quatre éléments constitutifs du télé-achat :

- la diffusion ;
- d'offres directes au public ;
- en vue de la fourniture de biens ou de services ;
- moyennant paiement.

En l'espèce, ces quatre critères sont rencontrés par l'ensemble des programmes susmentionnés :

- personne ne conteste la diffusion d'un programme ;
- nous sommes en présence d'une offre directe au public, lequel peut composer un numéro de téléphone où, conformément à ce qu'énonce le programme, il sera mis en contact avec une personne (par exemple dans un call center) ou un organisme (par exemple une plate-forme de jeu) susceptible de lui fournir un bien ou service ;
- l'objet de l'offre est la fourniture de certains biens (par exemple certains biens destinés à l'entretien de la maison) ou de certains services (par exemple la participation à un jeu permettant de remporter de l'argent ou une conversation voire une rencontre avec une ou plusieurs des femmes présentées) ;
- les personnes qui souhaitent acquérir certains biens devront s'acquitter d'un paiement et celles qui souhaitent bénéficier de certains services s'acquittent du paiement d'une communication téléphonique surtaxée.

3.1.1. Selon l'article 14 § 1^{er} du décret, « *la communication publicitaire doit être aisément identifiable comme telle et doit être nettement distincte des autres programmes ou séquences de programme grâce à des moyens optiques ou acoustiques clairement identifiables* ». Plus précisément, selon l'article 28 § 3 dudit décret, « *les programmes de télé-achat doivent être clairement annoncés comme tels. Ils doivent obligatoirement être programmés dans des écrans qui leur sont réservés sans pouvoir être interrompus, notamment par des messages publicitaires ou de parrainage. Dans les services de radiodiffusion télévisuelle, le nombre maximal d'écrans réservés aux programmes de télé-achat est fixé à huit écrans par jour. La durée minimale de chaque écran est fixée à 15 minutes* ».

¹ CJCE, 18 décembre 1997.

² CJCE, 22 novembre 2005, C-144/04.

Certains programmes parmi ceux susmentionnés (tel L'appel gagnant) n'étant pas clairement annoncés par l'éditeur comme des programmes de télé-achat, les griefs de contravention aux articles 14 § 1^{er} et 28 § 3 sont établis.

Les griefs de contravention aux articles 14 §1^{er} et 28 §3 du décret sont établis.

3.2. Selon l'article 28 § 6 dudit décret, « *la durée de diffusion de télé-achat est fixée par le Gouvernement, avec un maximum de trois heures par jour, rediffusions comprises* ».

Il appartient au Collège doit d'appliquer le droit en vigueur en Communauté française, et non de préjuger des évolutions futures du décret liées à la transposition d'une directive par le législateur de la Communauté française. Le Collège souligne que la directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE n'a pas la portée que lui prête l'éditeur. En effet, même si la directive, en son article 18bis, supprime la limitation de durée de diffusion du télé-achat à trois heures par jour, elle ne l'interdit pas pour autant. L'article 3 §1^{er} de la directive précitée laisse aux Etats membres la faculté d'adopter des règles plus strictes lors de la prochaine transposition en droit interne et ni l'éditeur ni le Collège ne peuvent préjuger de la volonté du législateur du Parlement de la Communauté française d'utiliser cette faculté dans le respect du droit communautaire. En effet, le législateur national pourrait estimer que le maintenir la limitation journalière est nécessaire pour protéger les consommateurs et plus particulièrement, les mineurs.

En outre, l'effet direct³ d'une directive, norme exigeant par nature une intervention du législateur national endéans un délai qu'elle détermine, n'est ni général ni automatique. En effet, les directives « *lient tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* » (art. 249 al. 3 du Traité C.E.). Avant l'écoulement du délai de transposition, l'éventuel effet direct d'une directive ne peut se présenter comme une exception aux règles du Traité C.E. relatives à cet instrument normatif. Le Collège relève à cet égard que, de façon générale, l'application des critères dégagés par la Cour de Justice des Communautés européennes ne permet pas de conclure à l'existence d'un effet direct lié à la disposition précitée. D'une part, on ne peut déduire de l'absence de la limitation journalière une quelconque interdiction de cette limitation et d'autre part, l'article 3 .1 offre sans conteste une marge d'appréciation aux Etats membres, moyennant le respect du droit communautaire. La nature, l'économie et les termes de la disposition en cause ne permettent nullement d'invoquer un quelconque effet direct de l'article 18bis de la directive dès lors que les termes de cette disposition ne sont pas suffisamment clairs, précis et inconditionnels. Le Collège observe, relativement aux affirmations de l'éditeur selon lesquelles l'article 18bis de la directive pourrait développer un effet direct avant l'échéance du délai de transposition, que ni la référence à l'arrêt Inter Environnement Wallonie ni la référence à l'arrêt isolé⁴ Mangold ne présentent la moindre pertinence en l'espèce en ce que l'article 28 §6 du décret n'est pas de nature à compromettre sérieusement le résultat de la directive et que, contrairement à la disposition nationale dans l'arrêt Mangold, l'article 28 §6 du décret ne consiste pas en une disposition contraire à la norme supérieure européenne : l'article 18 bis de la directive n'interdit pas à un Etat membre d'adopter ou de maintenir une limitation journalière. Enfin, une volonté claire du législateur européen d'interdire une telle limitation ne peut être déduite à la lecture du considérant 59 de la directive.

³ CJCE, 9 mars 1978, C-106/77, *Simmenthal*, Rec. 1978, p. 629.

⁴ Voir notamment les conclusions de l'avocat général M. JAN Mazak dans l'affaire C-411/05 présentées le 15 février 2007, point 83 « *L'approche adoptée par la Cour dans l'arrêt Mangold a fait l'objet de sérieuses critiques de la part du monde académique, des médias ainsi que de la plupart des parties à la présente procédure et mérite assurément des précisions supplémentaires* ».

Considérant ce qui précède, l'évolution de la législation européenne ne peut dès lors avoir d'incidence sur la portée actuelle de l'article 28 § 6 du décret.

L'éditeur diffusant régulièrement plus de trois heures de télé-achat par jour, et notamment 6 heures 14 minutes le 3 avril 2008, le grief est établi.

3.3. Le Collège relève que l'éditeur a déjà été sanctionné pour les mêmes faits par une décision du 21 février 2008. Le Collège avait alors considéré que « *compte tenu de l'absence d'antécédents de l'éditeur de services en matière de contravention aux dispositions relatives au télé-achat, un avertissement constitue la sanction adéquate* » et que « *compte tenu de l'impact qu'a eu le programme incriminé auprès de nombreux téléspectateurs, cet avertissement sera assorti de l'ordre de publication d'un communiqué* ».

Le Collège relève en outre qu'il a, suite à cette décision, par un communiqué et par des courriers adressés à l'ensemble des éditeurs en ce compris la S.A BTV, attiré l'attention des éditeurs et de toutes les parties intéressées sur l'assimilation des programmes communément appelés de « call TV » au télé-achat, en sorte que l'éditeur ne peut prétendre ignorer qu'il contrevient régulièrement à l'article 28 §6 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion.

Compte tenu de cette récidive, le Collège estime qu'il est fait une juste appréciation de l'article 156 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion en infligeant à la S.A. BTV une sanction pécuniaire de 50.000 €.

En conséquence, après en avoir délibéré et en application de l'article 156 §1^{er} 7° du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, le Collège d'autorisation et de contrôle déclare les griefs établis et condamne la S.A. BTV au paiement d'une amende de cinquante mille euros (50.000 €).

Fait à Bruxelles, le 23 octobre 2008.