Conseil supérieur de l'audiovisuel

Collège d'autorisation et de contrôle

Décision du 21 février 2008

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, § 1er, 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 31 janvier 2007 :

> *« d'avoir diffusé sur le service AB4, le programme « L'Appel gagnant » en journée et en nuit pendant les mois de septembre, octobre, et novembre 2006, et en journée depuis le mois de décembre 2006, en contravention aux articles 14 §§ 1er et 6, 28 §§ 3 et 6 et 29 § 1er du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion »* ;

Vu le mémoire en réponse du 28 février 2007 ;

Entendu Maître Jean-Louis Lodomez, avocat, en la séance du 18 avril 2007 ;

Vu la décision du 6 juin 2007 de rouvrir les débats dans l'attente d'une décision de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-195/06 Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) *vs* Österreichischer Rundfunk (ÖRF) ;

Vu l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 18 octobre 2007 dans l'affaire précitée (JO C 315 du 22.12.2007, p. 15) ;

Vu le mémoire complémentaire du 31 janvier 2008 ;

Entendus Maîtres Jean-Louis et Julie Lodomez, avocats, en la séance du 31 janvier 2008.

1. Exposé des faits

L'éditeur a diffusé, durant les mois de septembre à décembre 2006, en semaine et le week-end, en journée et la nuit, un programme au cours duquel une animatrice propose aux téléspectateurs de jouer par téléphone à divers jeux. Les téléspectateurs qui appellent sont ensuite sélectionnés pour participer au jeu à l'antenne.

2. Argumentaire de l'éditeur de services

2.1. Quant à la récusation du Collège et/ou de ses membres

Dans le mémoire en réponse 31 janvier 2008, l'éditeur retire sa demande de récusation compte tenu de la composition nouvelle du Collège.

2.2. Quant à violation des droits de la défense

BTV expose que le respect des droits de la défense implique :

- la possibilité pour l'éditeur de services de défendre utilement ses intérêts ;
- l'instauration d'un réel débat contradictoire quant au grief retenu tant dans la phase de l'instruction que dans la phase postérieure à celle-ci ;
- le droit d'être informé en temps utile des motifs de fait et de droit invoqués à l'appui du ou des griefs retenus ;
- le droit d'être informé de la sanction envisagée et de voir un débat contradictoire être engagé sur ce point.

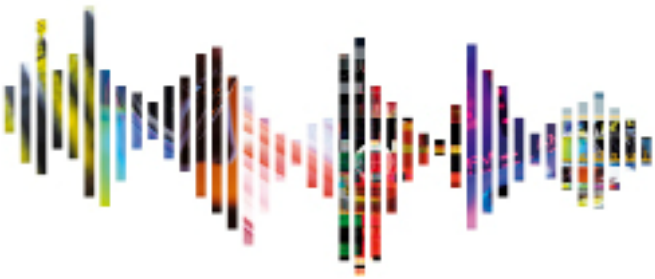
Or, l'éditeur souligne que le changement de qualification du programme et de l'absence de position du législateur belge et du régulateur ne lui ont pas permis d'assurer correctement sa défense.

2.3. Quant à la violation des principes de bonne administration, de confiance légitime, de prévisibilité, de non rétroactivité et de sécurité juridique

L'éditeur souligne que l'incrimination doit présenter un certain degré de prévisibilité. Or, en l'absence de définition dans un texte européen et national, il ne pouvait pas savoir que les dispositions relatives au télé-achat étaient d'application à ce programme. En effet selon lui, ce type de programme semblait soumis d'une part, aux règles posées par les lignes directives des règlements et concours adoptées le 22 mars 2000 et modifiées le 8 mars 2005, par la recommandation relative à la diffusion de messages électroniques sous toutes formes adaptée le 2 juillet 2003 et par l'article 9 du décret du 27 février 2003 et d'autre part, par l'arrêt royal du 10 octobre 2006.

2.4. Violation du principe général d'égalité de traitement : risque de distorsion

L'éditeur fait valoir que d'autres éditeurs concurrents, dont TVi et des éditeurs relevant de la compétence de la Communauté flamande, font une utilisation bien plus importante de ce genre de programme sans respecter les règles en matière de diffusion du télé-achat. L'éditeur y voit un risque de distorsion de concurrence entre les différents opérateurs européens et une violation du principe général d'égalité de traitement.



2.5. Quant au fond

L'éditeur estime qu'il ne pouvait annoncer à l'antenne le programme sous la qualification de télé-achat dès lors que les termes de « télé-achat » et « publicité télévisée » n'ont été interprétés que très récemment par la Cour de justice des Communautés européennes comme pouvant englober, sous réserve d'analyses en droit interne des caractéristiques propres à chaque programme, des programmes de jeu interactifs.

Quant à la durée du télé-achat, l'éditeur soutient que la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels, qui constitue selon lui une norme de droit supérieur dont le respect s'impose à tous en ce compris aux organes de régulation, supprime la limitation de durée de diffusion à 3 heures.

Par conséquent, l'éditeur estime que l'organe de régulation ne peut prononcer une sanction fondée sur une règle qui doit disparaitre sans violer les principes de bonne administration et de proportionnalité.

3. Décision du Collège d'autorisation et de contrôle

3.1 Quant à la récusation du Collège et/ou de ses membres

Le Collège prend acte de retrait de la demande de récusation.

3.2. Quant à la violation des droits de la défense

Dans la mesure où l'éditeur de services a pu à plusieurs reprises au cours de la procédure et en particulier après la notification des griefs et sans qu'aucun changement de qualification n'ait été opéré, déposer deux mémoires dans le cadre de la procédure écrite et exposer sa défense lors de deux auditions dans le cadre de la procédure orale devant le Collège d'autorisation et de contrôle, les droits de la défense ont bien été respectés.

3.3. Quant à la violation des principes de bonne administration, de confiance légitime, de prévisibilité, de non rétroactivité et de sécurité juridique

Même en l'absence de définition dans un décret du Parlement de la Communauté française ou une directive du Parlement et du Conseil européens d'une définition des nouveaux formats de programmes diffusés par les éditeurs de services, il appartient au Collège d'autorisation et de contrôle de contrôle que chacun d'entre eux respecte la législation en vigueur. Afin de remplir cette mission, le régulateur doit interpréter de façon évolutive les concepts présents dans le décret ou dans la directive et donc, dans

le cas d'espèce, vérifier si les critères de la définition du télé-achat s'appliquent au programme « *L'Appel gagnant* ».

3.4. Quant à la violation du principe général d'égalité de traitement : risque de distorsion

L'éditeur ne peut invoquer de prétendus manquements d'un autre éditeur pour s'exonérer du respect des dispositions décrétales et en particulier, des obligations qui lui incombent en vertu des articles 14 §§ 1er et 6, 28 §§ 3 et 6 et 29 § 1er du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion[1].

3.5. Quant au fond

3.5.1. Quant à la qualification du programme

3.5.1.1. Le programme « *L'Appel gagnant* » diffusé par l'éditeur BTV sur le service AB4 consiste en un programme animé par un présentateur, destiné à faire jouer le public de chez lui, en l'incitant à répondre à une question (de culture générale ou de logique) via un numéro d'appel téléphonique surtaxé, dans l'espoir de lui permettre de remporter un prix ou de l'argent.

Le législateur décrétal 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 1er 28° du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion).

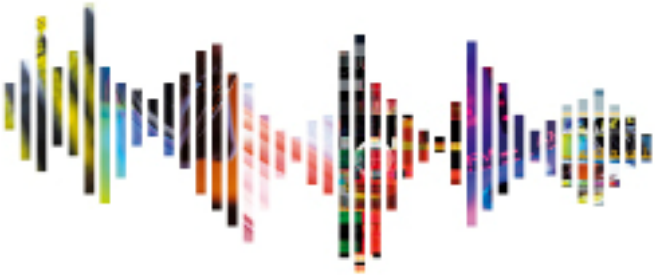
Cet article mentionne quatre éléments constitutifs du télé-achat :

- 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 :

- personne ne conteste la diffusion d'un programme, en l'occurrence du programme « *L'Appel gagnant* » ;
- nous sommes en présence d'une offre directe au public, lequel peut, comme lors de tout programme de télé-achat, composer un numéro de téléphone où, conformément à ce qu'énonce le programme, il sera mis en contact avec un

[1] Voy. en ce sens Cass., 3 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 382 : « *l'administration qui prend une décision sur base de sa compétence discrétionnaire dispose d'une liberté d'appréciation qui lui donne la possibilité de juger elle-même de la manière dont elle exerce cette compétence et de choisir la solution qui lui paraît la plus appropriée dans les limites fixées par la Loi* ».



organisme (plate-forme de jeu) susceptible de lui fournir, en l'espèce, un service ;

- l'objet de l'offre est en l'occurrence la fourniture d'un service, lequel consiste en la participation à un jeu lui permettant de remporter un prix ou de l'argent ;
- les personnes qui composent le numéro de téléphone ou de SMS paient un montant (une communication téléphonique surtaxée) pour bénéficier de ce service.

Le programme « *L'Appel gagnant* » diffusé sur le service AB4 doit dès lors, au regard du décret, être qualifié de télé-achat.

Cette qualification est d'autant plus manifeste que ces offres au public constituent bien la finalité principale et même exclusive du programme, lequel est dépourvu de tout caractère éditorial.

3.5.1.2. En outre, cette interprétation du Collège est confirmée par l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes rendu le 18 octobre 2007 sur une demande de décision préjudicielle. Dans cet arrêt, sans trancher sur le fond, la Cour fournit certaines précisions et critères permettant de déterminer, au cas par cas, à quelle qualification juridique appartient la *« call tv »*.

La Cour a considéré que relève du télé-achat (article 1 f) « *une émission ou partie d'émission représentant une véritable offre de services compte tenu du but de l'émission dans laquelle s'insère le jeu, de l'importance de celui-ci au sein de l'émission en termes de temps et de retombées économiques escomptées par rapport à celles qui sont attendues de l'émission dans son ensemble ainsi que de l'orientation des questions posées aux candidats* » et qu'un programme relève de la publicité télévisée (article 1 c) : « *si, en raison de la finalité et du contenu de ce jeu, ainsi que des conditions dans lesquelles sont présentés les prix à gagner, celui-ci consiste en un message visant à inciter les téléspectateurs à acquérir les biens et les services présentés comme prix à gagner, ou visant à promouvoir indirectement sous forme d'autopromotion les mérites des programmes de l'organisme en cause*».

Cet arrêt cet arrêt établit que les éléments déterminants de la qualification de la *« call TV »* en tant que télé-achat sont :

- une véritable activité économique : « *un jeu, tel que celui en cause au principal, ne saurait constituer un «télé-achat», au sens de l'article 1er, sous f), de la directive 89/552, que si ce jeu constituait une véritable activité économique autonome de prestation de services et ne se limitait pas à une simple offre de divertissement au sein de l'émission* » ;
- le but de l'émission dans laquelle s'insère le jeu *: « il ne peut être exclu que l'organisme de diffusion télévisuelle ait eu simplement l'intention, compte tenu du but de l'émission dans laquelle s'insère le jeu, de rendre celle-ci interactive sans pour autant vouloir réaliser une véritable offre de services dans le domaine des jeux d'argent, en particulier si ce jeu ne représente qu'une part minime dans le contenu et le temps de l'émission de divertissement et, de ce fait, n'en change pas la nature* » ;

- l'importance de celui-ci au sein de l'émission en termes de temps et de retombées économiques escomptées par rapport à celles qui sont attendues de ladite émission : « *il en sera de même si l'enjeu économique attendu de ce jeu s'avère tout à fait accessoire par rapport à celui qui concerne l'émission dans son ensemble* » ;
- l'orientation des questions posées aux candidats.

Dans le cas d'espèce, quant au critère économique, les appels sont surtaxés (1 euro par appel) et une partie des revenus tirés sont reversés à l'éditeur de services par la société productrice du jeu. L'émission étant exclusivement consacrée au jeu (à la différence du cas jurisprudentiel examiné par la Cour), le critère du but principal de l'émission est rencontré, ainsi que le critère de l'importance du jeu en termes de temps (qui se confond avec la durée de l'émission) et de retombées économiques escomptées (qui ne proviennent que de la participation au jeu). Concernant l'orientation des questions posées au public, les questions soumises au candidat ne portant pas sur sa connaissance des autres émissions de cet organisme, le jeu ne consiste donc pas à promouvoir indirectement les mérites des programmes de l'organisme de diffusion et ne peut donc pas être qualifié d'autopromotion et partant de publicité télévisée.

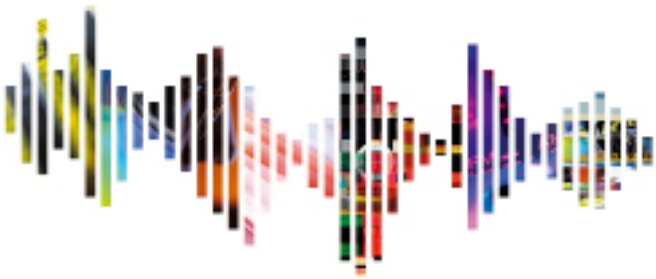
3.5.2. Quant à la matérialité des manquements

3.5.2.1. Selon l'article 14 § 1er 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* ».

Le programme « *L'Appel gagnant* » n'étant pas clairement annoncé par l'éditeur comme un programme de télé-achat, les griefs de contravention aux articles 14 § 1er et 28 § 3 sont établis.

3.5.2.2. Selon l'article 14 § 6 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, « *la publicité clandestine, les spots de télé-achat clandestins et les programmes de télé-achat clandestins sont interdits* ».

La notion de « *télé-achat clandestin* », introduite dans l'article 14 § 6 du décret par un décret du 21 décembre 2005, n'a pas fait l'objet d'une définition par celui-ci. La publicité clandestine étant définie comme étant « *la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services dans des programmes lorsque cette présentation est faite de façon intentionnelle par l'éditeur de services dans un but publicitaire et risque*



d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation » (article 1er 30° du décret), on peut raisonnablement en déduire que le télé-achat clandestin peut s'entendre comme étant la diffusion d'offres directes au public en vue de la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, en dehors des écrans qui leur sont réservés, et risquant d'induire le public en erreur sur la nature de telles offres.

Il ne ressort toutefois pas du dossier d'instruction que le risque d'induire le public en erreur sur la nature de telles offres soit établi. En effet, tant la mention d'un prix que la description détaillée du service permettent de penser que le public peut difficilement ignorer la possibilité de bénéficier de l'offre qui lui est faite s'il procède au paiement ainsi que le caractère commercial de cette transaction.

Le grief n'est dès lors pas établi.

3.5.2.3. 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* ».

La suppression de la limitation de durée de diffusion à trois heures par jour dans la nouvelle directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 modifiant la directive télévision sans frontière 89/552/CEE ne privera pas le législateur du Parlement de la Communauté française de la possibilité d'appliquer des règles plus strictes lors de la prochaine transition en droit interne (conformément à l'article 3 §1er de la directive précitée) et ne peut dès lors avoir d'incidence sur la portée actuelle de l'article 28 § 6 du décret.

L'éditeur diffusant déjà, au cours de la période concernée, le maximum de trois heures de télé-achat par jour, le grief est établi.

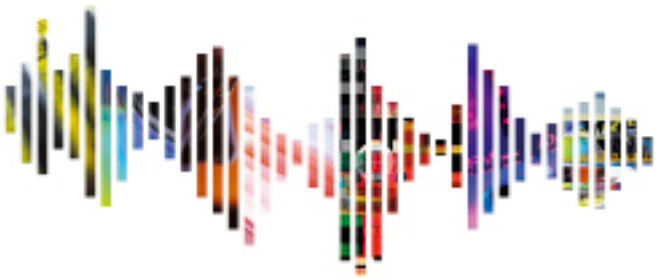
3.5.2.4. Selon l'article 29 §1er dudit décret, « *le télé-achat doit être présenté de manière à éviter toute confusion avec d'autres programmes* ».

Il ne ressort pas du dossier que la présentation (en l'occurrence, l'absence de présentation) aurait été susceptible de créer une confusion avec d'autres programmes. Le grief n'est pas établi.

3.5.3. Quant à la sanction

Compte tenu :

- que la décision est motivée par le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion que l'éditeur ne pouvait ignorer au moment où il a décidé de diffuser abondamment des programmes de « *call TV* », mais aussi par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes ultérieur aux faits reprochés ;



- 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 ;
- 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 reprenant le texte du paragraphe ci-dessous.

En conséquence, le Collège d'autorisation et de contrôle, après en avoir délibéré, déclare les premier, troisième et quatrième griefs établis, les deuxième et cinquième grief non établis, adresse un avertissement à la S.A. BTV et lui enjoint de publier le communiqué suivant :

« La S.A. BTV a été condamné par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour la diffusion d'un programme de « call tv » sur la chaîne AB4 sans respecter les dispositions relatives au télé-achat. Cette décision est disponible sur le site internet du CSA (www.csa.be) ».

Ce communiqué doit être affiché et lu, pendant 30 secondes, immédiatement avant la diffusion sur AB4 d'un programme débutant entre 20h00 et 21h00 à trois reprises dans les 90 jours de la notification de la présente décision.

Copie des diffusions de ce communiqué doit être transmise au Conseil supérieur de l'audiovisuel dans la semaine qui suit la dernière diffusion.

Fait à Bruxelles, le 21 février 2008.