

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 208.114 du 12 octobre 2010

A. 187.890/XV-689

En cause : **la s.a. BELGIUM TELEVISION,**

ayant élu domicile chez
Me J.-L. LODOMEZ, avocat,
place du Champ de Mars 5/11
1050 Bruxelles,

contre :

**le Conseil supérieur de l'audiovisuel
de la Communauté française,**

ayant élu domicile chez
Mes J. BOURTEMBOURG et A. FALYS, avocats,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ÉTAT, XV^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 17 avril 2008 par la société anonyme BELGIUM TELEVISION (en abrégé B.T.V.), qui demande l'annulation de «la décision rendue le 21 février 2008 par le Collège d'autorisation et de contrôle institué au sein du Conseil supérieur de l'audiovisuel de la Communauté française de Belgique la condamnant à la peine de l'avertissement et à l'affichage et à la lecture 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 ladite décision du communiqué suivant:

"La s.a. B.T.V. a été condamnée 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 C.S.A."»;

Vu le dossier administratif;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. Chr. AMELYNCK, premier auditeur au Conseil d'État;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie requérante;

Vu l'ordonnance du 26 août 2010, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 5 octobre 2010;

Entendu, en son rapport, M. Ph. QUERTAINMONT, conseiller d'État;

Entendu, en leurs observations, Mes J.-L. LODOMEZ et J. TERFVE, avocats, comparaisant pour la partie requérante, et Me J. BOURTEMBOURG, avocat, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. Chr. AMELYNCK, premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit:

1. La société requérante, anciennement dénommée *Youth Channel Television* (en abrégé YTV) exploite les chaînes de télévision dénommées «AB3» et «AB4». Sur cette dernière chaîne elle diffuse notamment une émission de jeux interactive dénommée «L'appel gagnant».

2. Le 23 août 2006, un agent du secrétariat d'instruction de la partie adverse informe la requérante d'un nombre anormalement élevé de plaintes concernant les jeux télévisés proposés sur les deux chaînes précitées et lui demande de fournir ses observations concernant ces plaintes et au regard des «lignes directrices des jeux et concours» adoptées le 8 mars 2005 par le C.S.A.

3. Après avoir pris connaissance, le 30 août suivant, des observations de la requérante, le secrétariat d'instruction du C.S.A. décide le 25 octobre, en application de l'article 158, § 1^{er}, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, d'ouvrir une instruction concernant le programme «L'appel gagnant» diffusé en journée et en soirée sur AB4.

Un questionnaire est adressé à ce sujet à la société requérante, auquel cette dernière répond le 13 novembre.

4. Le 21 novembre, le secrétariat d'instruction sollicite de nouvelles informations de la partie requérante, lesquelles informations, qui contestent notamment la qualification de l'émission concernée en «programme de télé-achat», seront communiquées par son avocat le 18 décembre.

5. Le 15 janvier 2007, le secrétaire d'instruction du C.S.A. rédige un rapport à l'attention du Collège d'autorisation et de contrôle.

La conclusion de ce rapport est la suivante:

« (...) Le Secrétaire d'instruction propose au Collège d'autorisation et de contrôle de notifier à la S.A. B.T.V. le grief de diffuser sur AB4, l'émission "L'Appel gagnant" en journée et la nuit, depuis le mois de septembre, et ce, en contravention aux articles 14, §§ 1^{er} et 6, 28, §§ 3 et 6, et 29, § 1^{er}, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion.

Les dispositions de l'article 158 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, ainsi que l'article 18 du règlement d'ordre intérieur du Collège d'autorisation et de contrôle seront rappelés à l'éditeur de services.»

6. Le 31 janvier suivant, le Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. décide de notifier à la s.a. B.T.V. «le grief 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, §§ 1^{er} et 6, 28, §§ 3 et 6, et 29, § 1^{er}, du décret du 27 février 2003.»

7. Après avoir pris connaissance du mémoire en réponse et d'un mémoire complémentaire de la s.a. B.T.V. et entendu ses avocats en séance du 31 janvier 2008, le Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. délibère le 21 février 2008 et considère comme établis certains des griefs reprochés à la partie requérante. En conséquence, le Collège lui adresse un avertissement et lui enjoint de publier un communiqué.

Il s'agit de la décision attaquée, notifiée à la requérante le 25 février suivant. Elle est rédigée ainsi qu'il suit:

«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 (du) 31 janvier 2008, l'éditeur retire sa demande de récusation compte tenu de la composition nouvelle du Collège.

2.2. Quant à la 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 directrices (lire: *directrices*) 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 (lire: *adoptée*) le 2 juillet 2003 et par l'article 9 du décret du 27 février 2003 et d'autre part, par l'arrêt (*sic*) 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 disparaître 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 d(u) 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(r) 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 §§ 1^{er} et 6, 28 §§ 3 et 6 et 29 § 1^{er} du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion.

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 décretaal a défini le "*programme de téléachat 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:

- 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 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 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 1^{er}, 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 § 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"*.

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 § 1^{er} 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 1^{er} 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 § 1^{er} 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 § 1^{er} 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(s) 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.»;

Considérant qu'il ressort des documents annexés au dernier mémoire que la décision d'agir en justice a été prise par l'organe compétent de la requérante;

que le recours est recevable;

Considérant que la requérante soulève un premier moyen pris de «la violation des principes généraux de droit administratif, de sécurité juridique, de prévisibilité, de non-rétroactivité et de confiance légitime», en ce que la décision litigieuse la sanctionne pour ne pas avoir respecté, au cours de l'année 2006, des dispositions du décret du 27 février 2003 applicables au télé-achat et sur la base d'une interprétation de l'article 1^{er}, 28°, de ce décret donnée par le secrétariat d'instruction du C.S.A. puis dans la décision du Collège, postérieurement aux faits de la cause; que la requérante fait valoir qu'elle doit pouvoir disposer d'un minimum de sécurité juridique quant à l'existence et au contenu de ses droits et devoirs, que toute incrimination rétroactive est prohibée, et qu'elle souligne que jusqu'à la décision rendue, ni le législateur ni l'organe de régulation qu'est le C.S.A. n'avaient jugé utile de préciser que le type d'émission concerné relevait de la catégorie de programmes du «télé-achat» et que les règles y afférentes devaient être scrupuleusement respectées; qu'elle estime qu'au mépris de la sécurité juridique, la partie adverse a en réalité «fait rétroagir des dispositions normatives interprétées sous un nouveau jour à des faits de 2006 et donc à une époque où sa position était loin d'être exprimée et encore moins adoptée»; que dans son mémoire en réplique, la partie requérante argumente longuement dans le même sens, en faisant valoir que les émissions de *call-tv* ne faisaient l'objet d'aucune qualification juridique précise au moment de la commission des faits qui lui sont reprochés et que cette situation confirme l'incertitude dans laquelle se trouvaient les éditeurs de programmes de *call-tv* en 2006;

Considérant que dans son dernier mémoire la requérante argumente encore que l'assimilation de la «*call-tv*» au «télé-achat» a été le fruit non pas de la seule définition du télé-achat donnée par le décret du 27 février 2003 mais d'une utilisation réfléchie des critères déterminants posés par la Cour de justice dans son arrêt du 18 octobre 2007, ce que le C.S.A. n'a fait expressément que dans la décision attaquée; qu'elle en déduit qu'on ne peut donc considérer que l'assimilation de la «*call-tv*» au «télé-achat» était prévisible; que la requérante souligne qu'en l'absence de définition légale et de position claire, tant des instances nationales que supranationales, elle n'était pas en mesure de prévoir en 2006, comme l'exige le principe de sécurité juridique, que son jeu «L'Appel gagnant» allait un an plus tard être considéré comme un programme de télé-achat et être soumis aux limitations découlant du décret du 27 février 1993 et applicables à un tel programme;

Considérant que les dispositions pertinentes du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, en vigueur au moment des faits reprochés par la partie

adverse à la requérante, sont les suivantes:

«Art. 14, § 1^{er}. *La communication publicitaire doit être aisément identifiable comme telle. Elle doit être nettement distincte des autres programmes ou séquences de programmes grâce à des moyens optiques ou acoustiques clairement identifiables.»*

«Art. 28. § 3. *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.

(...).

§ 6. *La durée de diffusion du télé-achat est fixée par le Gouvernement, avec un maximum de trois heures par jour, rediffusion comprises.»;*

que le programme de «télé-achat» est par ailleurs défini à l'article 1^{er}, 28°, du même décret, comme étant «*la diffusion d'offres directes au public en vue de la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris de biens immeubles, ou de droits et d'obligations.*»; qu'une telle définition est identique à celle donnée par les directives européennes, en l'occurrence l'article 1^{er}, f) de la directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, et ensuite l'article 1^{er}, l), de la nouvelle directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552;

Considérant qu'il n'est pas contesté que les faits reprochés à la partie requérante ont été commis au cours de l'année 2006 alors qu'étaient bien en vigueur les articles 14, § 1^{er}, et 28, §§ 3 et 6, précités, du décret du 27 février 2003; que le seul point litigieux est en réalité de savoir si la *call-tv*, en général, et le programme intitulé «L'Appel gagnant» en particulier, répondent à la définition du «programme de télé-achat» que les dispositions décrétales précitées ont pour objet de réglementer; qu'à cet égard, pour arriver à la conclusion qu'il en était bien ainsi, la partie adverse s'est fondée sur un examen concret des quatre critères découlant de la définition du programme de télé-achat donnée par l'article 1^{er}, 28°, du décret sur la radiodiffusion; qu'il apparaît bien que l'objet de «l'offre» sous-tendant l'émission litigieuse est la fourniture d'un «service», au sens de l'article précité, lequel consiste en la participation du public à un jeu lui permettant de remporter un prix ou de l'argent;

qu'il ressort de la décision attaquée que l'interprétation de la partie adverse est corroborée par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 18 octobre 2007, lequel énonce clairement qu'«une émission ou partie d'émission, au cours de laquelle un organisme de radiodiffusion télévisuelle offre la possibilité aux téléspectateurs de participer à un jeu doté d'un prix en composant immédiatement un numéro de téléphone spécial et donc moyennant paiement, relève de la définition que [l'article 1^{er} de la directive 89/552], sous f), donne du télé-achat si cette émission ou partie d'émission représente 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»; qu'à cet égard, rien ne s'opposait à ce que l'autorité de régulation compétente interprète les dispositions en vigueur du décret du 27 février 2003 et arrive à la conclusion que le programme «L'Appel gagnant» diffusé en 2006 soit considéré comme du «télé-achat» au sens du décret, cela même si l'arrêt précité de la Cour de justice des Communautés européennes, qui ne fait que confirmer l'interprétation de la partie adverse, n'est intervenu que le 18 octobre 2007; que la partie requérante ne peut en tout cas être suivie lorsqu'elle y voit une forme d'«incrimination rétroactive»; qu'enfin, c'est au premier chef à l'éditeur de services qui diffuse un nouveau type de programme qu'il appartient d'examiner les particularités de celui-ci au regard des concepts définis et réglementés par le décret sur la radiodiffusion, aux fins de s'assurer que la diffusion de ce programme n'est pas soumise au respect de règles particulières, et ce d'autant plus qu'au vu des particularités de la *call-tv* sa possible assimilation à un programme de télé-achat n'avait rien d'imprévisible; qu'il s'ensuit que le premier moyen n'est pas fondé;

Considérant qu'un deuxième moyen est pris de la «violation des règles constitutionnelles d'égalité de traitement et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution)»; que dans une première branche de ce moyen, la requérante B.T.V. soutient que d'autres chaînes privées de télévision (MCM, RTL-TV_i et Club RTL) qui faisaient et font toujours une utilisation bien plus importante de la *call-tv* qu'elle-même, sans respecter pour autant les règles relatives au télé-achat, n'ont été ni poursuivies ni sanctionnées pour non-respect des règles applicables en matière de télé-achat; que dans une deuxième branche, elle précise que la société TV_i, confrontée à une incertitude équivalente sur le plan législatif, incertitude tout autant accompagnée d'une absence de prise de position préalable du C.S.A. quant à la qualification à retenir pour des programmes consistant en la diffusion sur fond musical de photos de jeunes femmes accompagnées d'un descriptif et des coordonnées de celles-ci, n'a été condamnée qu'à un simple avertissement, alors que la cause était identique à celle qui a valu à B.T.V. d'être condamnée à une peine

d'avertissement ainsi qu'à la diffusion d'un communiqué; que dans une dernière branche du moyen, la requérante fait valoir que la décision litigieuse restreint son accès aux recettes nées de la *call-tv* au motif que l'autorité de régulation a décidé unilatéralement de lui appliquer la limitation de 3 heures de diffusion maximale par jour, alors que d'autres éditeurs de service diffusant en Belgique, mais sans pour autant relever de la compétence du C.S.A., ne sont soumis à aucune restriction; qu'elle ajoute que la rupture d'égalité de traitement qui en découle crée de surcroît une distorsion de la concurrence entre les chaînes belges et européennes de télévision pouvant être captées dans un même pays; que dans son mémoire en réplique, la requérante souligne également qu'une grande différence apparaît entre les éditeurs relevant de la compétence de la Communauté française et ceux relevant de la compétence de la Communauté flamande, étant donné que le C.S.A. francophone a sanctionné la diffusion de programmes de *call-tv* alors même que ceux-ci n'avaient pas encore été interprétés comme relevant du télé-achat, alors que le «*Vlaamse Regulator voor de Media*» a veillé d'abord à tenir une assemblée générale le 11 avril 2008 en présence des principaux éditeurs flamands, pour éclairer ceux-ci sur les conséquences de l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour de justice et sur la position qu'adopterait désormais l'organe régulateur sur le sujet;

Considérant, sur les première et deuxième branches, que la requérante n'étaye pas son allégation selon laquelle d'autres chaînes privées de télévision qui feraient une utilisation plus importante de la *call-tv*, sans pour autant respecter les règles relatives au télé-achat, ne seraient ni poursuivies ni sanctionnées; que si dans son dernier mémoire, la requérante précise que «cette inaction [du C.S.A.] à l'encontre des autres éditeurs ressort à suffisance des décisions publiées sur le site internet de la partie adverse», rien ne permet d'en déduire, quant à la violation alléguée de l'égalité de traitement, que la partie adverse se montrerait plus clément à l'égard d'autres éditeurs de services, et ferait preuve d'une sévérité excessive à l'égard de la requérante; qu'en tout état de cause, un éditeur de services ne saurait invoquer de prétendus manquements d'un autre éditeur, manquements qui auraient d'ailleurs pu se produire dans des conditions qui ne seraient pas similaires, pour s'exonérer du respect des obligations qui lui incombent en vertu des articles 14, §§ 1^{er} et 6, 28, §§ 3 et 6, et 29, § 1^{er}, du décret sur la radiodiffusion, rappelés dans la décision attaquée; que la requérante cite d'ailleurs elle-même une décision du C.S.A. du 4 juillet 2007 qui a sanctionné la s.a. TVi pour son programme «A tout cœur», diffusé en 2006 et qui, en violation de l'article 28, § 3, du décret sur la radiodiffusion, n'avait pas été clairement annoncé comme un programme de télé-achat; que s'il est vrai que la sanction prononcée à l'encontre de la société TVi par la décision précitée ne consistait qu'en un avertissement, sans diffusion d'un communiqué, cette sanction moins sévère que celle prononcée à l'encontre de B.T.V. dans l'affaire «L'Appel

gagnant», peut s'expliquer par le moindre retentissement du programme «A tout cœur»; qu'en effet, «l'impact important qu'a eu le programme incriminé ("L'Appel gagnant") auprès de nombreux téléspectateurs» est expressément mentionné dans la décision attaquée pour justifier que la sanction de l'avertissement soit assortie de l'obligation de publication d'un communiqué; que cet impact est par ailleurs corroboré par le dossier administratif qui contient des plaintes de téléspectateurs au sujet du programme «L'Appel gagnant»; que par ailleurs, aucune conclusion ne peut être tirée de ce que le «*Vlaamse Regulator voor de Media*», lequel relève d'un autre pouvoir public, aurait adopté une politique différente;

Considérant qu'il résulte de cet examen que le moyen n'est pas fondé en ses première et deuxième branches; que pour le surplus, dès lors que l'examen de ces deux premières branches ne met en évidence aucun traitement inégal entre éditeurs de service qui relèvent de la Communauté française, la troisième branche du moyen n'est pas davantage fondée; qu'il ne saurait valablement être reproché à la partie adverse d'appliquer, dans l'ordre juridique qui est le sien, les règles législatives qui transposent des directives européennes d'une manière conforme à l'interprétation donnée à ces mêmes directives par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt précité;

Considérant qu'un troisième moyen est invoqué, pris «d'une insuffisance de motifs, d'une violation des articles 158, § 4, du décret sur la radiodiffusion, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et/ou 149 de la Constitution»; que la requérante fait grief à la décision attaquée de ne pas rencontrer son argumentation selon laquelle la prononciation d'une sanction pour violation des règles applicables au télé-achat en raison d'une interprétation établie par la partie adverse postérieurement aux faits de la cause méconnaît les principes de confiance légitime, de prévisibilité et de sécurité juridique; qu'elle estime qu'à cet égard la motivation de l'acte attaqué «ne lui permet pas de savoir si ces principes, pris individuellement par rapport au cas d'espèce, étaient aux yeux du C.S.A. légitimement invoqués et, par voie de conséquence, s'ils ont réellement été pris en compte lors de la délibération»; que dans son mémoire en réplique, la requérante ajoute que la sécurité ne peut avoir été respectée, dès lors que le C.S.A. ne savait toujours pas en décembre 2006 quelle qualification donner aux programmes de *call-tv*, et que l'exigence de non-rétroactivité n'a pas non plus été respectée puisque le régulateur s'est servi du raisonnement d'un arrêt préjudiciel de la Cour de justice des Communautés européennes d'octobre 2007 pour sanctionner des faits remontant à 2006; que la requérante conclut que ces arguments essentiels ayant été portés à la connaissance de la partie adverse au cours des débats ayant conduit à la sanction, il lui appartenait d'y répondre, ce qu'elle n'a pas fait;

Considérant que le moyen manque en droit en tant qu'il invoque une violation de l'article 149 de la Constitution, qui ne s'applique qu'aux juridictions, et non au Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui constitue une autorité administrative indépendante;

Considérant, quant à la partie du moyen qui invoque une violation des dispositions de la loi du 29 juillet 1991 et de l'article 158, § 4, du décret du 27 février 2003 (lequel impose que les décisions du Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. soient motivées), qu'il y a lieu de se référer à la motivation de la décision litigieuse qui résume comme suit l'argumentaire de l'éditeur de services se rapportant à une violation alléguée 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 directrices (lire: *directrices*) 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 (lire: *adoptée*) le 2 juillet 2003 et par l'article 9 du décret du 27 février 2003 et d'autre part, par l'arrêt (*sic*) royal du 10 octobre 2006.»;

que par ailleurs, la décision attaquée répond dans les termes suivants à cette argumentation de la requérante:

«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(r) 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 téléachat s'appliquent au programme "L'Appel gagnant".»;

que la décision attaquée comprend également des motifs largement développés qui ont conduit la partie adverse à considérer, au départ de la définition figurant à l'article 1^{er}, 28°, du décret du 27 février 2003, que le programme litigieux «L'Appel gagnant» devait être qualifié de «télé-achat»; que la partie adverse a souligné également, dans la partie de sa motivation relative à la justification de la sanction prononcée, 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* ...», la partie adverse ayant ainsi estimé que la requérante était, au regard de la législation en vigueur et des caractéristiques du programme litigieux, en mesure d'appréhender que ce programme constituait un programme de «télé-achat» et, partant, devait respecter les règles y relatives; qu'il s'ensuit que la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que l'acte attaqué ne rencontre pas l'argumentation qu'elle avait développée, spécialement en rapport avec la sécurité juridique; que le troisième moyen n'est dès lors pas fondé;

Considérant qu'un quatrième moyen est pris «d'une contradiction dans les motifs, d'une motivation erronée en droit et/ou d'une erreur manifeste d'appréciation, et d'une violation des articles 158, § 4, du décret sur la radiodiffusion, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et 149 de la Constitution»; que dans une première branche, la requérante relève que la décision attaquée est fondée sur la circonstance que «le télé-achat doit être présenté de manière à éviter toute confusion avec d'autres programmes», alors que la même décision reconnaît immédiatement après qu'«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», et souligne aussi que le programme «n'était pas clairement annoncé par l'éditeur comme un programme de télé-achat»; que dans une seconde branche du moyen, la requérante relève que la décision litigieuse déclare le quatrième grief établi au motif qu'elle a dépassé le maximum de trois heures de télé-achat par jour, tout en indiquant par ailleurs que 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 est sans incidence sur la portée actuelle de l'article 28, § 3, du décret dès lors qu'elle «ne privera pas le législateur du Parlement de la Communauté française de la possibilité d'appliquer des règles plus strictes lors de la prochaine transposition en droit interne (conformément à l'article 3, § 1^{er}, de la directive précitée)»; que la requérante estime, outre le fait que cette référence à l'article 3 de la directive 2007/65/CE n'a jamais été évoquée au cours des débats et qu'elle n'a dès lors pas pu contester utilement cet argument, que l'établissement de ce grief repose sur des éléments de droit inexacts; qu'elle souligne à cet égard, en citant des considérants de la directive, que l'État membre qui veut agir de façon plus restrictive doit veiller à ce que ces règles nationales particulières soient objectivement nécessaires, appliquées de manière non discriminatoire et proportionnées; qu'elle conclut que la motivation exigée des actes administratifs ne peut s'accommoder de contradictions, une motivation contradictoire équivalant à une absence de motivation;

Considérant, qu'en rapport avec la seconde branche du moyen, le

mémoire en réplique et le dernier mémoire de la requérante contiennent encore de longs développements sur la portée de la nouvelle directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 et sur l'obligation pour la partie adverse de prendre en compte les éléments de droit en vigueur au moment où elle a pris la décision attaquée, compte tenu que ces éléments étaient plus favorables que ceux en vigueur au moment des faits et de la circonstance qu'une confusion régnait au sujet de la qualification juridique du programme litigieux et du régime à lui appliquer; que la requérante soutient que la circonstance que la décision attaquée repose sur une disposition décrétable (l'article 28, § 6, du décret du 27 février 2003) en vigueur au moment où cette décision a été prise ne peut cependant légitimer la décision, dès lors que cette disposition décrétable était, au jour où la partie adverse a statué, contraire au droit communautaire; qu'elle estime que l'existence d'une contradiction entre la norme nationale existante, qui maintient la limitation de la durée de diffusion journalière en matière de télé-achat, et la norme communautaire, qui la supprime, devait conduire la partie adverse à écarter cette disposition nationale et à prendre toutes mesures pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire; que la requérante, dans son dernier mémoire, invite le Conseil d'État à poser à la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles - cinq au total -, qu'elle formule et qui se ramènent au point de savoir si, nonobstant la suppression de la limitation de la durée journalière de diffusion du télé-achat par la directive 2007/65/CE, les États membres peuvent adopter des règles plus strictes, et notamment une limitation de cette durée, sans pour autant violer les règles de concurrence et de libre-circulation des services;

Considérant, ainsi que déjà exposé à l'occasion de l'examen du troisième moyen, que le moyen manque en droit en tant qu'il invoque une violation de l'article 149 de la Constitution, qui ne s'applique qu'aux juridictions, et non au Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui constitue une autorité administrative indépendante;

Considérant, quant à la première branche, qu'il ressort de la décision attaquée que la partie requérante n'a pas été sanctionnée pour une violation de l'article 14, § 6, du décret du 27 février 2003, qui dispose que «la publicité clandestine, les spots de télé-achat clandestins et les programmes de télé-achat clandestins sont interdits», mais bien pour avoir contrevenu à l'article 28, § 3, du même décret qui impose une règle différente, à savoir que les programmes de télé-achat doivent être clairement annoncés comme tels; qu'il n'est dès lors pas contradictoire dans le chef de la partie adverse d'estimer établie une violation de l'article 28, § 3, précité, sans considérer corrélativement comme établie une violation de la disposition de l'article 14, § 6, précité; que l'on peut concevoir en effet que la présentation du programme en cause a pu être telle qu'elle n'a pas induit le public en

erreur, même si ce programme de télé-achat n'était pas annoncé comme tel, ce qui fut le cas en l'espèce; que la contradiction que la requérante croit discerner dans la décision attaquée et qui se rapporte à deux griefs différents n'existe dès lors pas, en sorte que la première branche du moyen ne peut être retenue;

Considérant, quant à la seconde branche, que la requérante a notamment été sanctionnée pour avoir violé l'article 28, § 6, du décret, qui imposait, au moment où a été prise la décision litigieuse, que «la durée de diffusion du télé-achat est fixée par le Gouvernement, avec un maximum de trois heures par jour, rediffusion comprises»; que cette limitation de durée résultait de la transposition de la directive 89/552/CEE du 3 octobre 1989; qu'il suffit dès lors de constater que la décision attaquée reposait bien sur l'application d'une disposition décrétalement en vigueur au moment où cette décision a été prononcée et qu'au moment où les faits reprochés à la société B.T.V. ont été commis, c'est-à-dire au cours de la période de septembre à décembre 2006, la nouvelle directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 n'avait pas encore été adoptée; qu'est irrelevante à cet égard la circonstance que depuis la modification apportée à la directive précitée 89/552/CEE du 3 octobre 1989 par cette nouvelle directive 2007/65/CE (entrée en vigueur le 19 décembre 2007), le maximum de trois heures par jour n'est plus de mise en droit européen; que sans qu'il soit besoin d'examiner si, comme le soutient la requérante, la directive 2007/65/CE impliquerait l'obligation pour la Communauté française communautaire de supprimer la limitation du temps de diffusion journalier du télé-achat telle que fixée à l'article 28, § 6, du décret du 27 février 2003, ou si, comme l'affirme la partie adverse, cette suppression de la limitation de durée de diffusion ne prive pas le législateur de la Communauté française de la possibilité d'appliquer des règles plus strictes, il y a lieu en tout cas de relever que les États membres disposaient d'un délai jusqu'au 19 décembre 2009 pour transposer dans leur droit interne les principes posés par la nouvelle directive; qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas davantage fondé en sa seconde branche et qu'il n'y a dès lors pas lieu de poser à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles proposées par la requérante, les réponses à ces questions, quel que soit leur intérêt pour la mise en œuvre de la directive 2007/65/CE, n'étant pas utiles pour trancher le présent recours;

Considérant qu'un cinquième et dernier moyen est pris de la violation des principes de proportionnalité, de confiance légitime, de sécurité juridique et de légalité, en ce que la décision attaquée sanctionne la requérante en raison principalement de la violation de la règle imposée par l'article 28, § 6, du décret sur la radiodiffusion, c'est-à-dire le dépassement de la limitation de la durée de diffusion des émissions de télé-achat, dont il est d'ores et déjà acquis que le législateur doit la supprimer en raison de l'adoption d'une norme de droit communautaire, et donc

supérieure, qui l'y contraint; que la requérante expose qu'au moment où la décision attaquée a été prise, la nouvelle directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 avait déjà été adoptée, que cette directive a d'ores et déjà fait naître une obligation dans le chef de l'État belge et de ses subdivisions de supprimer la durée maximale des fenêtres d'exploitation de télé-achat, et qu'il n'est dans ces conditions pas raisonnable et contraire aux principes cités au moyen qu'une autorité publique sanctionne un opérateur économique en raison de la violation d'une règle dont une norme de droit supérieure a ordonné la suppression ;

Considérant que l'article 156, § 1^{er}, du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion laisse au Collège d'autorisation et de contrôle du C.S.A. le choix d'un large éventail de sanctions, qui vont du simple avertissement au retrait de l'autorisation d'émettre; qu'en l'espèce, la mesure prononcée à l'encontre de la société B.T.V. consiste en un avertissement et la diffusion d'un communiqué, soit les sanctions les moins graves que le Collège d'autorisation et de contrôle peut prononcer et prévues respectivement au 1^o et au 2^o de l'article 156, § 1^{er}, précité; que ces sanctions n'apparaissent pas disproportionnées au regard du caractère établi des griefs reprochés à la requérante; qu'à cet égard, c'est à tort que la requérante voit dans la seule violation de l'article 28, § 6, du décret la «raison principale» de la sanction prononcée, puisqu'elle a en effet été également sanctionnée sur la base du grief d'avoir contrevenu aux articles 14, § 1^{er}, et 28, § 3, du même décret; qu'enfin, la lecture de la décision attaquée montre que le Collège a eu le souci, dans la motivation des sanctions retenues, d'adapter la mesure aux circonstances propres au cas d'espèce; que pour le surplus, en tant qu'il invoque une violation de l'article 48, § 6, du décret du 27 février 2003, le moyen se confond avec le quatrième moyen; qu'il s'ensuit que le cinquième et dernier moyen n'est pas fondé,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre, le
douze octobre deux mille dix par:

M.	M. LEROY,	président de chambre,
M.	Ph. QUERTAINMONT,	conseiller d'État,
M.	I. KOVALOVSKY,	conseiller d'État,
M.	R. GHODS,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

R. GHODS

M. LEROY