

Observations de l'Autriche

Affaire C-314/14*

Pièce déposée par:

Le gouvernement autrichien

Nom usuel de l'affaire:

SANOMA MEDIA FINLAND OY/NELONEN MEDIA

Date de dépôt:

24 septembre 2014 (Fax/E-mail 22 septembre 2014)

I. Les questions préjudicielles

1 Le Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) (Finlande) a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes en interprétation du droit de l'Union:

1) Convient-il d'interpréter l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2010/13/UE en ce sens que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, il fait obstacle à une interprétation de la législation nationale selon laquelle le partage de l'écran n'est pas considéré comme un signal de séparation marquant la limite entre un programme audiovisuel et des publicités télévisées, si une partie de l'écran est réservée au générique de fin du programme et une autre partie à la présentation des programmes à venir de la chaîne d'une société au moyen de «menus» et qu'il n'apparaît pas dans l'écran partagé, ni après, de signal acoustique ou optique indiquant expressément le début d'une séquence publicitaire?

2) Compte tenu du caractère de réglementation minimale de la directive 2010/13/UE, convient-il d'interpréter l'article 23, paragraphe 2, de la directive en ce sens que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, il fait obstacle à ce que des signes de parrainage présentés dans le cadre d'autres programmes que les programmes parrainés soient considérés comme étant des «spots publicitaires» au sens de l'article 23, paragraphe 1, de la directive, qui doivent être inclus dans la durée maximale du temps publicitaire? **[Or. 2]**

* Langue de procédure: le finnois.

3) Compte tenu du caractère de réglementation minimale de la directive 2010/13/UE, convient-il, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, d'interpréter la notion de «spots publicitaires» à l'article 23, paragraphe 1, de la directive en rapport avec l'expression «limitation de 20 % [...] par heure d'horloge», décrivant la durée maximale du temps publicitaire, de telle sorte qu'elle constitue un obstacle à l'inclusion dans le temps publicitaire des «secondes noires» figurant dans l'intermède entre les différentes publicités et à la fin d'une interruption publicitaire?

II. Appréciation juridique

Sur la première question

- 2 Depuis l'adoption de la directive 89/552/CEE, l'objectif visant à protéger les usagers des médias contre la confusion ou le «mélange» de la publicité avec le programme éditorial et contre la supercherie n'a pas perdu de son importance. Dans le contexte de la modernisation que la directive 2010/13/UE sur les services de médias audiovisuels (JO 2010, L 95, p. 1; ci-après la «directive») a apportée à cette «directive télévision», le législateur n'a pas vu non plus de raison d'abandonner ce principe. Il l'a plutôt ajusté aux nouvelles possibilités des techniques publicitaires en permettant expressément de séparer spatialement la publicité et le contenu éditorial. Le principe de séparation régi par l'article 19, paragraphe 1, de la directive constitue depuis lors une pierre angulaire du régime de la publicité.
- 3 L'interprétation du principe de séparation a suscité en Autriche une abondante jurisprudence sur les conditions dans lesquelles des moyens optiques, acoustiques ou spatiaux seront réputés constituer une séparation suffisante (voir à cet égard Kogler/Traimer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetz, 3^{ème} édition 2011, p. 176-179 et dernièrement sur la technique du partage de l'écran la décision de l'autorité fédérale des médias audiovisuels (Bundeskommunikationssenat) du 23 juillet 2013, GZ 611.001/0001-BKS/2013). À cet égard, la séparation ne répond pas aux conditions requises par la directive lorsque la diffusion de la publicité s'accompagne seulement d'un signal dans un coin de l'écran ou n'est précédée que d'un écran noir (voir notamment la décision du Verwaltungsgerichtshof du 12 décembre 2007, 2005/04/0243). **[Or. 3]**
- 4 D'après les termes clairs de l'article 19, paragraphe 1, de la directive, l'idée est d'employer des moyens pour séparer «nettement» la publicité (et le téléachat) du reste du programme. D'après la communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la directive «Télévision sans frontières» concernant la publicité télévisée (JO 2004 C 102, p. 2, [point 47]), «[u]ne séparation spatiale par des moyens optiques (...) est suffisante dans la mesure où elle distingue clairement la publicité et permet aux téléspectateurs de l'identifier aisément.»

- 5 Dans sa question, la juridiction de renvoi détermine «qu'il n'apparaît pas dans l'écran partagé, ni après, de signal acoustique ou optique indiquant expressément le début d'une séquence publicitaire». La République d'Autriche estime que dans l'affaire qui fait l'objet de la procédure au principal la clarté requise par la directive fait dès lors défaut. Le fournisseur de services de médias a certes une certaine liberté d'appréciation dans le choix du moyen qu'il utilise pour faire la séparation. On doit néanmoins avoir la certitude d'écarter tout doute de la part du spectateur quant à la nature éditoriale ou publicitaire qui succède à une séquence de la programmation.
- 6 L'argument voulant que l'écran partagé diffusé avant la publicité, avec ses deux fenêtres comportant d'une part le générique et de l'autre le menu des programmes, distingue clairement la publicité des autres contenus éditoriaux, est vain. Il ne permet précisément **pas** au spectateur d'«identifier aisément» si le programme qui suivra l'écran partagé sera de la publicité ou à nouveau un contenu éditorial par exemple d'un genre tout-à-fait différent. Si donc aucuns autres moyens supplémentaires de séparation optique ou spatiale ne sont employés pour la publicité qui suit, le contenu éditorial présenté par l'écran partagé dans les circonstances de l'affaire au principal n'a pas l'aptitude d'un moyen propre à séparer «nettement» la publicité du reste du programme.
- 7 D'après la genèse de la directive, il ne fait aucun doute que la «séparation spatiale» permise par l'article 19, paragraphe 1, de la directive devait surtout établir clairement l'admissibilité de la technique classique de l'écran partagé dans lequel une partie de l'écran diffuse de la publicité et l'autre un contenu éditorial [**Or. 4**] (voir le point 41 de la communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la directive «Télévision sans frontières» concernant la publicité télévisée (JO 2004 C 102, p. 2). La République d'Autriche estime dès lors que «n'importe quelle» forme d'écran partagé, comme cela semble être le cas dans l'affaire au principal, ne convient pas comme moyen de séparation spatiale visé à l'article 19, paragraphe 1, de la directive mais que toute interruption publicitaire imminente doit être clairement annoncée.

Sur la deuxième question

- 8 La République d'Autriche estime que la réponse à cette question requiert un examen approfondi de la distinction entre d'une part la «publicité télévisée» telle que définie à l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous i), de la directive, et d'autre part l'identification du parrainage requise par l'article 10, paragraphe 1, sous c), par «le nom, le logo et/ou un autre symbole du parraineur, par exemple (...) une référence à ses produits ou services ou (...) un signe distinctif, d'une manière adaptée au programme au début, à la fin ou pendant celui-ci.»
- 9 La distinction entre ces deux aspects de la «communication commerciale audiovisuelle» définie à l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous h), de la directive, réside dans l'intensité de la forme et de la présentation «publicitaire». Alors que la

publicité télévisée vise directement à susciter une décision d'achat chez le consommateur, l'indication du parrainage ne sert en soi qu'à faire connaître essentiellement le parraineur pour contribuer de la sorte à promouvoir l'image d'un parraineur ou «au mieux» indirectement la vente de ses produits. Compte tenu de cette distinction décisive résidant dans la finalité de la mention ou présentation (tantôt comme publicité, tantôt comme identification), les annonces de parrainage et les placements de produits ne sont pas repris dans le chronométrage de la publicité aux termes de l'article 23, paragraphe 2, de la directive. Cette disposition ne sert qu'à clarifier les choses (voir à cet égard Kogler, TV (ON DEMAND) 2010, p. 133) car les annonces de parrainage ne comportent par définition aucune allégation «destinées à inciter les téléspectateurs à acquérir les (...) biens» (arrêt Österreichischer Rundfunk, C-195/06, EU:C:2007:613, points 42 et suivants). **[Or. 5]**

- 10 Mais si une annonce de parrainage comporte davantage que les «informations» requises par l'article 10, paragraphe 1, sous c), de la directive, en «complétant» la simple indication du parraineur d'indications spécifiques de promotion de vente de produits ou de services (telles que des slogans, des caractéristiques qualitatives, des indications de prix, des informations sur le produit, entre autres), cette indication supplémentaire perd son «privilege» d'échapper au chronométrage de la publicité.
- 11 Par sa forme, une telle «annonce de parrainage» présente plutôt «une caractéristique propre de nature à lui conférer le caractère d'une publicité télévisée» (arrêt Österreichischer Rundfunk, EU:C:2007:613, points 42 et suivants). Il en découle à nouveau obligatoirement au sens des dispositions de la directive que l'ensemble des règles régissant la publicité télévisée (et notamment le chronométrage de la durée maximale de publicité admise mais aussi la séparation requise ou les règles relatives aux interruptions publicitaires) ont vocation à s'appliquer.
- 12 En Autriche, les autorités réglementaires de l'audiovisuel ont développé une jurisprudence abondante sur cette acception de la publicité télévisée inspirée également de l'arrêt précité de la Cour de justice, jurisprudence qui a aussi été confirmée par les plus hautes juridictions. Celle-ci opère une distinction méticuleuse entre la publicité à inclure dans le temps publicitaire et à séparer d'autres contenus éditoriaux ou soumise notamment aux règles d'insertion de l'article 20 de la directive (sous la forme d'annonces de parrainage «arrangées» c'est-à-dire complétées dans le sens décrit) d'une part et les annonces de parrainage «non arrangées», se limitant aux indications visées à l'article 10, paragraphe 1, sous c), de la directive, qui ne doivent pas être incluses dans le temps publicitaire et qui ne sont par conséquent pas soumises non plus au principe de séparation (ni à d'autres règles de la «publicité télévisée») (voir les décisions citées dans Kogler/Trainer/Truppe, Österreichische Rundfunkgesetz, 3^{ème} édition 2011, E 2 à E 7 sur l'article 1^{er}, point 8, de la loi fédérale sur l'audiovisuel autrichien (Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk; ORF-G) ainsi que

E 1 à E 10 sur l'article 17 de la loi fédérale sur l'audiovisuel autrichien et les développements consacrés à la loi sur les médias audiovisuels (Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G)) aux pages 420 et suivantes et à la qualification de «publicité» des messages publicitaires allant au-delà de la mention du nom ou de la marque à la page 423).

- 13 Ces considérations doivent montrer qu'il faut envisager les choses dans leur contenu pour apprécier si une présentation ou une allégation doit être qualifiée de «publicité télévisée». **[Or. 6]**
- 14 La mention d'un parrainage ne «se mue» dès lors pas simplement en «publicité télévisée» parce qu'elle est montrée, comme dans l'affaire au principal, dans la bande-annonce de l'émission effectivement parrainée. L'idée évoquée au point 37 du résumé de la demande de décision préjudicielle ne peut donc pas être convaincante en ce qu'elle voudrait que les mentions d'un parrainage soient «publicitaires par nature» quand elles ne sont pas concomitantes à l'émission parrainée mais n'ont avec l'émission parrainée, comme en l'espèce, qu'un lien intrinsèque en figurant dans une bande-annonce. La directive ne s'oppose pas en tout cas à la pratique consistant à diffuser des annonces de parrainage d'une émission dans une bande-annonce de cette même émission. Les dispositions de la directive relatives à la mention du nom du parraineur ne constituent qu'une exigence minimale (arrêt RTI e.a., C-320/94, C-328/94, C-329/94 et C-337/94 à C-339/94, EU:C:1996:486) On doit en outre considérer à cet égard que, d'après la phrase introductive de l'article 10, paragraphe 1, de la directive, le parrainage peut aussi porter sur tout un service de médias audiovisuels et que, aux termes de l'article 10, paragraphe 1, sous c), première phrase, de la directive, il suffit alors que les téléspectateurs soient clairement informés de l'existence d'un accord de parrainage.
- 15 La République d'Autriche estime que l'on doit considérer que la «bande-annonce d'une émission» constitue en principe une partie autonome du programme et doit également être qualifiée d'«émission» au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous b), de la directive dans la mesure où elle est diffusée de manière autonome et non pas dans le cadre d'une autre émission (voir la décision de l'autorité fédérale des médias audiovisuels, du 14 octobre 2005, GZ 611.009/0028-BKS/2005). La définition de l'émission ne requiert en effet aucune durée minimale. L'article 10, paragraphe 1, de la directive est de ce fait applicable en sorte que ces bandes-annonces autonomes d'émission (bandes-annonces de programme) peuvent être parrainées en tant qu'«émissions» et que le parraineur peut et doit être identifié.
- 16 Les dispositions de la directive ne permettent donc pas de déduire qu'une annonce de parrainage ne répondant en rien à la définition de la publicité, devrait être assimilée à un spot publicitaire au seul motif qu'elle figure dans une bande-annonce de l'émission parrainée. **[Or. 7]**

- 17 Indépendamment de la distinction à faire nécessairement sur le fond entre une «publicité» et une «annonce de parrainage» l'«habilitation» figurant à l'article 4, paragraphe 1, de la directive n'empêche toutefois pas un État membre de soumettre les fournisseurs de services de médias relevant de leur propre compétence à des règles plus strictes. Il s'ensuit que la directive ne s'oppose pas à un régime de droit interne au titre duquel la durée d'autres formes de «communication commerciale audiovisuelle» doit également être incluse dans la durée maximale de publicité, laquelle est limitée dans la directive aux seuls spots de publicité télévisée et de téléachat. Pour reprendre la définition, les annonces de parrainage et les placements de produits servent en effet eux aussi (en tant que formes de communication commerciale audiovisuelle) indirectement à promouvoir les ventes ou l'image d'une entreprise.

Sur la troisième question

- 18 L'article 23, paragraphe 1, de la directive a pour objectif d'éviter «une concentration excessive de spots publicitaires et de spots de téléachat aux heures de plus grande écoute». Cet objectif ressort de la convention européenne sur la télévision transfrontière (Points 167 et 172 du Rapport explicatif dans la version initiale et les points 216 et 218 dans la version issue de la première révision) à laquelle, de l'avis général (voir arrêt *RTL Television*, EU:C:2003:580; et communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la directive «Télévision sans frontières» concernant la publicité télévisée (JO 2004 C 102, p. 2)), il convient de se référer dans l'interprétation. Les considérants de la directive reflètent eux aussi cet objectif – de protection des consommateurs contre une publicité excessive – en ce qu'ils indiquent que, pour protéger le téléspectateur, le volume horaire admissible de publicité ne devrait pas être augmenté (voir les considérants 83 et 85).
- 19 La définition que l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous h), de la directive donne de la «communication commerciale audiovisuelle» suppose que ce qui est montré soit une image qui serve à «promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale ...». La qualité de «publicité télévisée» au sens **[Or. 8]** de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous i), requiert à nouveau un «message» visant à «promouvoir la fourniture... de biens».
- 20 Compte tenu de cet objectif de la réglementation et de l'énoncé clair des définitions, on voit que la directive ne requiert dès lors pas d'inclure les «secondes noires» dans la durée maximale. Les points 43 et suivants du résumé de la demande de décision préjudicielle le soulignent aussi à juste titre. Pendant ce temps, qui dure en plus une seconde au maximum, «rien» au sens strict du mot n'est montré c'est-à-dire précisément aucune image ni aucune message qui pourrait servir à influencer le consommateur, comme le veut la définition, pour promouvoir des intérêts commerciaux. La juridiction de renvoi relève que les «secondes noires» qui ne sont pas incluses dans les périodes de publicité réduisent

effectivement le temps de présentation des programmes audiovisuels et cela ne peut rien y changer non plus. La République d'Autriche estime qu'on devrait même juger irréaliste d'inclure les (parties de) secondes noires dans le temps consacré à la publicité car cela réduirait d'autant les possibilités de recette des fournisseurs de services de médias en ce qu'ils ne pourraient pas percevoir de rémunération pour chacune des (parties de) secondes noires alors que cette période est imputée sur le temps consacré à la publicité.

III. Proposition de réponse aux questions préjudicielles

- 21 La République d'Autriche propose dès lors les réponses suivantes aux questions préjudicielles du Korkein hallinto-oikeus finlandais:
1. L'article 19, paragraphe 1, de la directive 2010/13/UE n'interdit pas d'interpréter la législation nationale en ce sens qu'un partage de l'écran, qui marque la limite entre le programme audiovisuel et la publicité télévisée qui suit, en réservant simplement une partie de l'écran au générique de fin du programme et l'autre partie à la présentation des programmes à venir au moyen de «menus», n'est pas considéré comme un signal de séparation. En l'absence de signal dans l'écran partagé, ou après, (c'est-à-dire précédant la publicité chronologiquement (signal acoustique ou optique) ou spatialement) indiquant clairement au consommateur le début de la [Or. 9] publicité, le procédé ne répond pas à l'article 19, paragraphe 1, de la directive qui requiert une séparation nette des autres parties du programme.
 2. La définition de l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous i), de la directive 2010/13/UE n'exclut de qualifier de spot publicitaire au sens de la directive une annonce de parrainage qui se réduirait à reprendre «le nom, le logo et/ou un autre symbole du parraineur, par exemple au moyen d'une référence à ses produits ou services ou d'un signe distinctif» au sens de l'article 10, paragraphe 1, sous c), de la directive et de l'inclure dès lors dans le temps maximal admissible consacré à la publicité que si elle a été diffusée non pas dans le cadre de l'émission parrainée mais dans celui de la bande-annonce de cette émission. L'article 23, paragraphe 2, de la directive n'interdit pas aux réglementations nationales d'inclure, au titre de l'article 4, paragraphe 1, de la directive, la durée d'annonces de parrainage dans la durée maximale admissible de temps publicitaire régie par l'article 23, paragraphe 1, de la directive.
 3. Compte tenu de la notion de «spot publicitaire» figurant à l'article 23, paragraphe 1, combinée à la définition de la «publicité télévisée» figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 1, sous i), de la directive 2010/13/UE, il n'est pas conforme à la directive d'inclure dans le temps publicitaire les «secondes noires» s'écoulant entre les différents spots publicitaires et la fin d'une interruption publicitaire.

Vienne, le 19 septembre 2014

Pour la République d'Autriche (sé) Christine PESENDORFER