

N° 433808
Société Lidl

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 17 décembre 2021
Décision du 29 décembre 2021

Décision inédite au recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, Rapporteur public

Les articles 27 et 33 de la loi du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication* renvoient au décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les règles applicables à la publicité, au télé-achat et au parrainage, pour chaque catégorie de service de radio ou de télévision distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le conseil supérieur de l'audiovisuel (art. 33), ainsi que pour les organismes du secteurs public et les services de communication audiovisuelle diffusés par voie hertzienne terrestre (art. 27), en tenant compte pour cet autre ensemble de leurs missions d'intérêt général.

Le décret du 27 mars 1992, pris pour l'application de ces dispositions, posait initialement, à son article 8, une interdiction générale de la publicité à la télévision pour les boissons alcooliques ou alcoolisées et quatre secteurs dits « interdits » : l'édition littéraire, le cinéma, la presse et « la distribution, sauf dans les départements et territoires d'outre-mer ainsi que les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon ».

Par le décret n° 2003-960 du 7 octobre 2003, pris à la suite d'une mise en demeure de la Commission européenne, le gouvernement a ouvert à la publicité ces quatre « secteurs interdits ».

En particulier, s'agissant de la distribution, l'interdiction générale de toute publicité télévisuelle a été ramenée à une interdiction, seulement, de la publicité pour des « opérations commerciales de promotion se déroulant entièrement ou principalement sur le territoire national » (à l'exception, toujours, de l'outre-mer), définies comme « *toute offre de produits ou de prestations de services faite aux consommateurs ou toute organisation d'événement qui présente un caractère occasionnel ou saisonnier, résultant notamment de la durée de l'offre, des prix et des conditions de vente annoncés, de l'importance du stock mis en vente, de la nature, de l'origine ou des qualités*

particulières des produits ou services ou des produits ou prestations accessoires offerts ».

1/ La société requérante soutient que ces dispositions méconnaissent la directive 2005/29 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 *relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur* parce qu'elles prévoient une interdiction « générale et préventive » de la publicité télévisuelle pour les ventes promotionnelles sans évaluation « au cas par cas » du caractère déloyal ou non de la publicité en cause.

Le moyen serait probablement fondé s'il était opérant, c'est-à-dire si les dispositions litigieuses entraînent dans le champ de cette directive dite « PCD ». La Cour de justice a en effet jugé que l'objectif d'harmonisation complète poursuivi par la directive prohibe une réglementation nationale interdisant de manière générale des pratiques non visées à son annexe I, sans procéder à une analyse individuelle de leur caractère déloyal à la lumière des critères énoncés, notamment, à l'article 5 (CJUE, 10 juillet 2014, *Commission européenne c/ Belgique*, C-421/12).

Ce sont les finalités des dispositions en cause qui les font entrer, lorsqu'elles tiennent à la protection des consommateurs, dans le champ d'application de la directive (CJUE, ordonnance du 8 septembre 2015, C-13/15 *CDiscount SA*, point 23). La recherche de ces finalités, qui relève du travail d'interprétation de la loi interne, incombe exclusivement aux juridictions internes (CJUE, ordonnance du 30 juin 2011, *Wamo BVA*, C-288/10, point 28). Pour cette raison, la Commission a clos par lettre du 12 juin 2020 la plainte formée par Lidl, au motif que ses griefs relevaient de procédures juridictionnelles nationales en cours. Et pour cette raison aussi, le renvoi d'une question préjudicielle sur ce point, auquel vous invite la requête, n'aurait guère de portée utile.

Or des éléments convergents concourent à démontrer que la finalité poursuivie n'est pas la protection des consommateurs, mais la préservation du pluralisme des médias, en évitant que la ressource publicitaire venue de la grande distribution ne profite qu'à la télévision, au détriment des médias réputés plus fragiles, et d'abord à la presse.

Le rapport de présentation au Premier ministre du décret du 7 octobre 2003 présente ainsi avec insistance l'article 8 comme ordonné à la sauvegarde du pluralisme et de la diversité culturelle, en « évit(ant) des transferts brutaux de ressources de la presse et de la radio vers la télévision ». Cet enjeu apparaissait clairement aux yeux du conseil supérieur de l'audiovisuel, dans son avis n° 2003-5 du 22 juillet 2003 sur le projet de décret, soulignant les « conséquences importantes qu'aurait pour le secteur de la télévision cette ouverture (envisagée à très court terme par le projet de décret) dans le cas particulier des chaînes hertziennes nationales diffusées en mode analogique ». Et c'est bien comme cela que l'ont compris ensuite les sénateurs, qui notaient dans le rapport d'information n° 413 du Sénat du 21 juin 2005 sur l'ouverture de la publicité télévisée aux secteurs interdits que le principal objectif de la mesure est de « préserver un partage des ressources publicitaires favorable à la viabilité des médias

concurrents ». De même, la consultation publique organisée en août 2017 par la direction générale des médias et des industries culturelles sur la simplification des règles relatives à la publicité télévisée affirme-t-elle que « *l'objectif de cette réglementation est de sauvegarder le pluralisme des médias en réservant des recettes publicitaires aux secteurs de la presse écrite et de la radio* ».

Et votre jurisprudence le confirme. S'agissant du décret n° 87-37 du 26 janvier 1987, remplacé par le décret de 1992 mais dont l'article 7 interdisait déjà les messages publicitaires concernant la distribution, vous avez jugé que « *le décret attaqué a pour objet de limiter les secteurs économiques admis à apporter aux entreprises de télévision leurs ressources publicitaires, dans le but de sauvegarder les ressources nécessaires à la presse écrite pour assurer son équilibre économique et son indépendance* » (17 janvier 1990, *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, 86166, T. 601, 957). S'agissant du décret de 1992 lui-même, vous avez jugé, pour écarter un moyen tiré d'une atteinte à la liberté d'expression, que l'article 8 « *prohibait l'accès à la publicité télévisée du secteur de la distribution pour assurer à la presse écrite les ressources nécessaires à son équilibre économique et à son indépendance* » (12 juin 1998, *Société toulousaine de télévision*, 170173, T. 728, 905, 1150).

En sens inverse, l'article 6 du décret, qui dispose que « la publicité doit être conçue dans le respect des intérêts du consommateur » paraît sans incidence sur la finalité propre de l'article 8.

Il faut en conclure, comme l'a fait la chambre commerciale de la Cour de cassation rejetant par deux arrêts du 16 décembre 2020 (n° 19-12.820, 19-16.760) deux pourvois de la société Lidl que l'article 8 du décret n'a pas pour finalité la protection des consommateurs et, partant, ne relève pas du champ d'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

Le moyen est donc inopérant.

2/ La société Lidl ajoute, dans son mémoire en réplique, un second moyen, tiré de ce que la décision attaquée serait contraire au principe de libre circulation des services prévu aux articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et méconnaîtrait le droit de la concurrence et le principe de non-discrimination, en ce que l'interdiction litigieuse ne serait pas de nature à garantir le pluralisme des médias ni proportionnée à cet objectif.

Mais le moyen ne paraît pas fondé.

Certes, l'interdiction en cause peut être regardée comme une restriction à la libre prestation de services.

Récemment, la Cour de justice, par un arrêt du 3 février 2021, *Fussl Modestraße Mayr GmbH*, C-555/19, a jugé qu'une mesure nationale interdisant aux organismes de radiodiffusion télévisuelle de diffuser, dans le cadre de leurs programmes nationaux, de la publicité régionale comporte une restriction à la libre prestation de services, « *en ce qu'elle empêche des opérateurs économiques non-résidents (...) de bénéficier de prestations de services de diffusion de la publicité télévisée sur le territoire allemand* », entravant ainsi leur accès au marché de cet État membre.

La conformité au droit de l'Union de cette restriction exige dès lors qu'elle satisfasse au triple test permettant d'affirmer qu'elle répond à une raison impérieuse d'intérêt général, qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (CJUE 4 mai 2017, *Vanderborght*, C-339/15 ; 11 décembre 2019, *TV Play Baltic*, C-87/19).

A cet égard, la mesure contestée peut d'abord se réclamer de la sauvegarde des libertés protégées à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux, lequel, à son paragraphe 2, vise la liberté et le pluralisme des médias (CJUE, 3 septembre 2020, *Vivendi*, C-719/18).

Le caractère adapté de la mesure, qui suppose qu'elle permette d'atteindre l'objectif poursuivi d'une manière cohérente et systématique (CJUE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07 ; 11 juillet 2019, A, C-716/17) va moins de soi, au regard de l'importance prise par les plateformes numériques, auxquels l'interdiction litigieuse ne s'applique pas, et alors que la CJUE a émis des doutes sur des dispositifs similaires, avant renvoi au juge national, au motif précisément que l'interdiction litigieuse ne s'appliquait pas aux plateformes internet (CJUE, 3 février 2021, *Fussl Modestraße Mayr GmbH*, C-555/19, préc.) ; voire l'a directement censuré à titre préjudiciel (17 juillet 2008, *Corporación Dermoestética*, C-500/06).

Mais alors que les autorités nationales disposent d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'elles entendent protéger le pluralisme des médias, y compris dans l'évaluation du caractère cohérent de la restriction (CJUE 3 février 2021, *Fussl Modestraße Mayr GmbH*, C-555/19, préc.), la requête n'apporte guère de données permettant de conclure à l'incohérence de la mesure. Elle renvoie essentiellement à un avis de l'Autorité de la concurrence du 21 février 2019, lequel propose parmi d'autres mesures, de revenir sur les « secteurs interdits ». Mais cette proposition est avant tout motivée par le souci de s' « adapter aux conditions du marché » et de permettre « aux chaînes de télévision de concurrencer efficacement les plateformes de type GAFA » ; autrement dit, l'avis se fonde sur le déséquilibre concurrentiel résultant, pour la télévision, de l'asymétrie réglementaire. S'agissant de l'impact de la mesure sur la presse écrite, l'avis ne prend pas position : c'est que les conclusions des études sont, sur ce point, peu déterminantes, étant caractérisées par d'importantes divergences sur la part entre dépenses nouvelles appelées par l'ouverture de la publicité télévisuelle aux secteurs de l'édition littéraire, du cinéma et de la distribution et transferts depuis d'autres médias, ainsi que la répartition de tels transferts. L'avis note : « *Les études prédictives qui ont été versées*

dans le débat annonçant des transferts d'investissements chiffrés entre médias font l'objet de controverses et sont donc à prendre avec une grande prudence».

On ne peut que conclure qu'il n'est pas établi que l'interdiction litigieuse, en tant qu'elle ne s'applique qu'à la télévision, ne serait pas adaptée à l'objectif de protection de la presse.

Le caractère proportionné de la mesure, quant à lui, paraît encore moins à mettre en doute : l'interdiction n'est pas générale mais permet la publicité institutionnelle sur la distribution, et si elle pénalise assurément la télévision, on ne peut déduire de ce seul fait qu'elle est disproportionnée

Pour vous convaincre d'une méconnaissance du droit de la concurrence, la requérante se borne à faire valoir que le décret attaqué crée une « asymétrie réglementaire marquée entre des opérateurs économiques qui se trouvent pourtant dans des situations équivalentes ». Ce moyen n'est ainsi pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé

Le moyen tiré du principe de non-discrimination n'est clairement pas fondé, l'interdiction contestée s'appliquant sans distinction, notamment à raison de la nationalité.

Par ces motifs, je conclus au rejet de la requête.