

Affaire C-255/21

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

21 avril 2021

Juridiction de renvoi :

Consiglio di Stato (Italie)

Date de l'ordonnance de renvoi :

25 mars 2021

Partie requérante :

Reti Televisive Italiane SpA (RTI)

Partie défenderesse :

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni - AGCOM

[OMISSIS]

[OMISSIS]

REPUBBLICA ITALIANA

Le Consiglio di Stato [Conseil d'État, Italie]

siégeant au contentieux (sixième chambre)

a rendu la présente

ORDONNANCE

dans les affaires jointes :

A) – [OMISSIS] introduite par Reti Televisive Italiane – RTI s.p.a., [OMISSIS]

contre

l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (autorité garante en matière de communication, Italie, ci-après l'« AGCOM »), [OMISSIS] et

à l'égard

de Elemedia s.p.a., Radio Dimensione Suono-RDS s.p.a. et de RTL 102,5 Hit Radio s.r.l., [OMISSIS]

[Or. 2]

B) – [OMISSIS] introduite par Reti Televisive Italiane – RTI s.p.a., [OMISSIS]

contre

l'AGCOM, [OMISSIS] et

à l'égard

de Elemedia s.p.a., Radio Dimensione Suono-RDS s.p.a. et de RTL 102,5 Hit Radio s.r.l., [OMISSIS]

C) – [OMISSIS] introduite par Reti Televisive Italiane – RTI s.p.a., [OMISSIS]

contre

l'AGCOM, [OMISSIS] et

à l'égard

de Elemedia s.p.a., Radio Dimensione Suono-RDS s.p.a. et de RTL 102,5 Hit Radio s.r.l., [OMISSIS]

tendant à la réformation

A) – [OMISSIS] de l'arrêt du Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium, Italie, ci-après le « TAR ») [OMISSIS], rendu dans le litige opposant les parties et relatif à la décision de l'AGCOM n° 295/17/CSP du 19 décembre 2017, notifié le 8 janvier 2018, infligeant à RTI s.p.a. (service de média audiovisuel de dimension nationale « Canale 5 ») une sanction pour violation de la limite horaire de l'espace publicitaire conformément à l'article 38, paragraphe 2, du décret législatif n° 177 du 31 juillet 2005 [OMISSIS] ;

B) – [OMISSIS] de l'arrêt du [Or. 3] TAR [OMISSIS], rendu dans le litige opposant les parties et relatif à la décision de l'AGCOM n° 296/17/CSP du 19 décembre 2017, notifié le 8 janvier 2018, infligeant à RTI s.p.a. (service de média audiovisuel de dimension nationale « Italia 1 ») une sanction pour violation de la limite horaire de l'espace publicitaire conformément à l'article 38, paragraphe 2, du décret législatif n° 177 du 31 juillet 2005 [OMISSIS] ;

C) – [OMISSIS] de l'arrêt du TAR [OMISSIS], rendu dans le litige opposant les parties et relatif à la décision de l'AGCOM n° 297/17/CSP du 19 décembre 2017, notifié le 8 janvier 2018, infligeant à RTI s.p.a. (service de média audiovisuel de dimension nationale « Rete 4 ») une sanction pour violation de la limite horaire de l'espace publicitaire conformément à l'article 38, paragraphe 2, du décret législatif n° 177 du 31 juillet 2005 [OMISSIS] ;

[OMISSIS] [*formules d'usage*]

EN FAIT ET EN DROIT

1. – Par trois actes distincts, mais de contenu analogue, notifiés le 28 septembre 2017, chacun relatif aux trois organismes de radiodiffusion télévisuelle « Canale 5 », « Italia 1 » et « Rete 4 », relevant de l'éditeur Reti Televisive Italiane – RTI s.p.a. (ci-après « RTI »), l'AGCOM a tiré grief de plusieurs violations de l'article 38, paragraphe 2, du décret législatif n° 177 du 31 juillet 2005 (ci-après le « décret législatif n° 177/2005 »), portant Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (texte unique des services de médias audiovisuels et radiophoniques).

Ces violations avaient pour objet, en substance, l'inclusion, parmi les spots publicitaires [Or. 4] soumis à la limite horaire de l'espace publicitaire, des messages d'autopromotion de la station de radio « R101 », détenue par la société Monradio Srl, elle-même contrôlée à 80 % par RTI et à 20 % par A. Mondadori Editore SpA., deux sociétés appartenant au même groupe.

Dans le cadre de la procédure de sanction ainsi engagée, RTI a fait valoir que les messages ainsi diffusés par ses trois organismes de radiodiffusion télévisuelle ne concernaient que la présentation des programmes de « R101 », de sorte qu'ils devaient être qualifiés de messages d'autopromotion, et, par conséquent, ne devaient pas être compris dans la limite horaire de l'espace publicitaire prévue par l'article 38, paragraphe 6, du décret législatif N° 177/2005. Cette société a également invoqué l'article 1 de l'annexe A (communication interprétative) à la décision n° 211/08/CSP de l'AGCOM, selon laquelle la notion d'« autopromotion » devait être distinguée de la *plate-forme* (télévisuelle, radiophonique ou autre) et de la *chaîne* sur laquelle étaient diffusés les contenus promotionnels et les messages de promotion. RTI a également fait valoir, à cette fin, que peu importait que « R101 » soit détenue par une autre société qu'elle-même, dès lors qu'elles faisaient toutes deux partie du même groupe de sociétés, tout comme d'ailleurs la société radiodiffusant les programmes faisant l'objet de la promotion et la société qui en diffusait les messages : cela démontrait l'existence de l'unité économique du groupe de radiodiffusion, prévalant sur la simple situation formelle de multiplicité d'entités juridiques. Enfin, RTI a rappelé que ce phénomène d'exercice des entreprises d'édition multimédia (télévision, radio, Internet) sous forme de groupe de sociétés a été l'une des conséquences les plus évidentes du passage au numérique, si bien que la pratique de

l'autopromotion « de groupe » est devenue et demeure fréquente sur les marchés de la radio et de la télévision.

L'AGCOM a certes reconnu l'absence de l'élément subjectif constitutif de responsabilité à l'égard de RTI, aux termes des trois décisions [OMISSIS] [décisions précitées], [mais] a en tout état de cause sommé RTI de mettre fin « [...] au comportement décrit, qui constitue une violation de l'article 38, paragraphe 2, du décret législatif n° [Or. 5] 177/05 [...] », au motif que les faits reprochés constituaient, d'un point de vue objectif, la violation en question. L'AGCOM a notamment estimé que :

a) – la communication interprétative précitée relative à la décision n° 211/08/CSP n'est pas applicable en l'espèce, dès lors qu'il n'existait pas de responsabilité unique en matière de radiodiffusion de l'ensemble des organismes de radiodiffusion télévisuelle impliqués dans la promotion ;

b) – le décret législatif n° 177/2005 régit de manière différente les organismes de radiodiffusion télévisuelle et de radio – en leur attribuant notamment des agréments distincts – qui en l'espèce ne sont pas détenues par la même personne, si bien qu'il n'y a pas identité, sur le plan subjectif, entre le responsable éditorial du contenu autopromotionnel et l'organisme de radiodiffusion qui en diffuse le message ;

c) – l'article 38, paragraphe 6, du décret législatif n° 177/2005 concerne uniquement les organismes de radiodiffusion télévisuelle, comme cela ressort de l'article 2 dudit décret, qui établit une distinction entre organismes de radiodiffusion télévisuelle et de radio et prévoit que l'autopromotion ne se réfère qu'aux annonces de l'organisme de radiodiffusion concernant ses propres programmes et les produits connexes directement dérivés desdits programmes. Au paragraphe 2, sous 1) de cette disposition, l'« organisme de radiodiffusion » est défini comme étant un fournisseur de services de médias audiovisuels linéaires, qui diffère de l'« organisme de radiodiffusion télévisuelle analogique » visé au sous aa) (qui est lui titulaire d'une concession ou d'une autorisation sur des radiofréquences d'émission en mode analogique et qui assume la responsabilité éditoriale de sa programmation télévisuelle) et de l'« organisme de radiodiffusion de radio », visé au sous bb) (qui est lui titulaire d'une concession ou d'une autorisation sur des radiofréquences d'émission en mode analogique ou numérique, qui assume la responsabilité éditoriale de sa programmation radiophonique et, s'il émet en mode analogique, transmet ses programmes selon les différentes typologies) ;

d) – l'article 2, paragraphe 2, sous b), du décret législatif n° 177/2005 (également dénommé « TUSMAR ») exclut de la notion de « fournisseur de services de médias audiovisuels » les sujets de droit qui, comme en l'espèce, s'occupent uniquement de la transmission des programmes dont la responsabilité éditoriale incombe à des tiers ;

e) – si le législateur national avait voulu donner de l'importance au phénomène du groupe de sociétés, il l'aurait prévu expressément. Le cas d'espèce ne relève pas des situations régies en ce sens.

[Or. 6]

2. – à l'encontre des trois décisions précitées, RTI a introduit trois recours distincts, qui sont toutefois identiques, devant le TAR Lazio, dans lesquels il conclut que :

1) – le principe « *in dubio pro libertate* » consacré par la Cour de justice de l'Union européenne doit être appliqué tant au niveau européen (article 23 de la directive n° 2010/13/UE du 10 mars 2010) qu'au niveau national (article 38 du décret législatif n° 177/2005), qui en constitue la transposition et peut le cas échéant établir des limites plus sévères mais conforme aux droits de l'Union. Ces règles fixent des limites à la libre prestation des services de transmission télévisuelle et doivent donc être interprétées de la manière la moins sévère, de manière à ce que les messages d'autopromotion en faveur de « *R101* » ne relèvent pas des limites horaires ; en tout état de cause, il s'agit de messages d'information qui ne sont pas uniquement publicitaires ;

2) – l'élément faisant obstacle à la qualification des messages comme étant autopromotionnels réside dans le fait que la société titulaire des chaînes de télévision (RTI s.p.a.) est différente de la société (Monradio s.r.l.) titulaire de la chaîne de radio (même si elles relèvent du même groupe) ; or cette approche différenciée adoptée par l'AGCOM entre organisme de radiodiffusion télévisuelle et de organisme de radiodiffusion de radio va à l'encontre de l'approche systématique prévue à l'article 1, paragraphe 2, du décret législatif n° 177/2005, qui a pour objectif de régir de manière unitaire l'ensemble des activités de fourniture de contenus aux consommateurs, quels qu'en soient le média et les modalités, à tel point que l'AGCOM elle-même inclut dans la notion d'autopromotion la promotion des programmes relevant de la responsabilité éditoriale (concept lui aussi unitaire) d'un radiodiffuseur ou d'un fournisseur de contenus, sur toutes les plates-formes, au vu de la pratique fréquente d'autopromotion « *croisée entre médias* » ou « *entre plates-formes* », entre services télévisuels et/ou radiophoniques et services audiovisuels et/ou Internet, au-delà des différents agréments prévus par le décret législatif n° 177/2005 ;

3) – la programmation télévisuelle et radiophonique de RTI et de ses filiales (Monradio s.r.l.) résulte de choix uniques et coordonnés, au point de ne constituer, en termes éditoriaux, qu'un groupe unique (or cette notion est pertinente dans l'ordre juridique national, y compris en l'absence d'une disposition ad hoc, grâce à l'article 3 du règlement approuvé par la décision de l'AGCOM n° 66/09/CONS), dont **[Or. 7]** relèvent tant les messages d'autopromotion que les programmes qui en font l'objet, indépendamment de la pluralité de sujets de droit impliqués.

Le TAR Lazio [OMISSIS] [*procédure nationale*] a rejeté les trois recours précités aux motifs que :

A) – les paragraphes 2 et 5 de l'article 38 du décret législatif n° 177/2005 ayant fixé les limites horaires de transmission par les organismes de radiodiffusion de leurs propres messages publicitaires, la notion d'« *organisme de radiodiffusion* » prévue par l'article 38, paragraphe 6, en matière d'autopromotion concerne uniquement les organismes promouvant leur *propres* programmes et les produits connexes directement dérivés, en raison du fait que cette réglementation est dérogatoire et exceptionnelle par rapport à la règle générale de la limite horaire de diffusion de la publicité, comme l'indique l'adjectif « *propres* » qui fait nécessairement référence aux programmes d'un organisme de radiodiffusion télévisuelle (et non radiophonique, même en cas d'appartenance au même groupe d'entreprises) ;

B) – Une telle conclusion ne saurait être mise en doute par l'interprétation proposée par RTI (découlant selon elle du droit de l'Union), en ce que l'article 23, paragraphe 2, de la directive n° 2010/13/UE, dans sa version alors en vigueur, prévoyait certes une extension de la limite horaire de l'espace publicitaire dans le cadre des transmissions de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle, mais uniquement « [...] *en ce qui concerne ses propres programmes et les produits connexes directement dérivés de ces programmes, [les] annonces de parrainage et [les] placements de produits [...]* », si bien que, lorsque la directive évoque les « *organismes de radiodiffusion télévisuelle* » [N.d.t : « *emittente* », dans la version italienne, ne contient pas le qualificatif « *télévisuelle* »], elle se réfère uniquement aux « *fournisseur de services de médias de radiodiffusion télévisuelle* » (art. 1, paragraphe 1, sous f) et, par le terme « *programme* » elle entend « *un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, [...] dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle* ». Ainsi, ni le droit européen ni la réglementation nationale ne se réfèrent en aucune manière, sur ce point, aux organismes de radiodiffusion radiophonique ;

C) – la décision de l'AGCOM n° 211/08/CSP ou la note successive du 21 mai 2010 ne sauraient être invoquées afin de dénaturer le sens littéral et la ratio de l'article 38, paragraphe 6, du décret législatif n° 177/2005, dès lors que l'article 1^{er} du règlement contenu dans la décision précitée, **[Or. 8]** selon lequel « *les annonces relatives aux programmes diffusés sur les différentes plates-formes relèvent de la notion d'autopromotion et de la réglementation en la matière* », signifie nécessairement non pas que les spots publicitaires d'un programme et/ou d'un produit d'un tiers à l'organisme de radiodiffusion télévisuelle transmettant les messages constitueraient un message d'autopromotion (comme en l'espèce) mais que les plates-formes qui diffusent ce message d'autopromotion doivent toutes appartenir à la même entité ;

D) – l'organisme de diffusion du message (le fournisseur de services de médias) et le responsable du programme faisant l'objet de la publicité (organisme de radiodiffusion de radio) ne coïncident pas, ce qui exclut l'application de

l'article 38, paragraphe 6, du décret législatif n° 177/2005. L'activité de direction ou de coordination exercée par la société détentrice d'un organisme de radiodiffusion télévisuelle à l'égard de la société détentrice d'une station de radio ne lui confère pas de fonctions éditoriales. Partant, elle n'est nullement la responsable éditoriale des programmes de la filiale ;

E) – en tout état de cause, en l'espèce, RTI n'a fourni aucune preuve concluante de son véritable pouvoir d'intervention sur les décisions économiques de la filiale Monradio (au-delà de la simple existence des parts qu'elle détient dans son capitale social) et ainsi d'un pôle décisionnel unique s'agissant des activités des deux organismes de radiodiffusion ; quoiqu'il en soit, une telle identité serait contraire au principe de la responsabilité de ses propres actions en matière administrative, énoncé aux articles 2, 3 et 7 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981 (le cas échéant, c'est Monradio s.r.l., et non RTI, qui serait responsable).

3. – RTI a alors formé un pourvoi [OMISSIS] [*procédure*]

RTI invoque notamment le caractère erroné des arrêts attaqués en ce qu'ils n'ont pas tenu compte :

I) – en estimant que la différence entre autopromotion informative et véritable publicité était dénuée de pertinence – de même que le fait que l'autopromotion dissimule souvent des messages publicitaires et échappe aux limites horaires de l'espace publicitaire, d'où la nécessité d'interpréter restrictivement la notion d'« *autopromotion* » –, qu'une telle approche vide de sa substance l'exclusion des messages promotionnels du décompte de ces limites, [Or. 9] dont la ratio, qui figurait déjà dans la directive 97/36/CE du 30 juin 1997 et qui a été réitérée dans la directive [2010/13], est d'identifier la forme particulière de publicité réalisée par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en vue de promouvoir ses propres produits, services, programmes ou chaînes. Celle-ci est aujourd'hui encore mieux définie, dès lors que les limites horaires de l'espace publicitaire ne concernent plus la publicité en général, mais uniquement les catégories spécifiques des « *spot de publicité télévisée* » et des « *spot de téléachat* », si bien que les messages d'autopromotion pour les programmes sont en tout état de cause différents des spots publicitaires sur des produits, même connexes aux programmes (un spot, même s'il est informatif, a toujours pour finalité de convaincre à l'achat), et bénéficient d'espaces de programmation *qui ne sont pas disponibles pour les annonceurs* et qu'utilise directement l'organisme de radiodiffusion (et au titre desquels, par nature, ne se pose aucun problème de nature concurrentielle, si ce n'est pour éviter certaines distorsions relatives justement aux produits connexes) ;

II) – face au présupposé que l'autopromotion ne peut concerner que les propres programmes de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle qui les transmet, que l'existence de l'approche systémique et non séparée par plate-forme du législateur européen et du décret législatif n° 177/2005, aux fins du traitement unitaire de toute activité de fourniture de contenu au consommateur, ne se heurte, dans la réglementation, à aucune interdiction qui empêcherait un même groupe de

sociétés d'être l'éditeur à la fois de chaînes de télévision et de stations de radio analogiques nationales, et empêcherait ainsi l'autopromotion croisée entre médias, comme, dans la pratique de tous les éditeurs, l'autopromotion croisée entre plates-formes, ce peut être déduit du traitement réglementaire unitaire des grilles de programmation, même si le décret n° 177/2005 prévoit des agréments distincts. Ainsi, il est possible que les « propres programmes de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle » visés à l'article 38, paragraphe 6, concernent également des programmes radiophoniques, si les grilles de programmes télévisuelles et de radio appartiennent au même éditeur, au-delà des technologies de transmission utilisées (analogique ou numérique, ce qui a obligé le décret législatif n° 177/[2005], lorsque la radio était encore diffusée de manière analogique, à prévoir des définitions distinctes) et comme cela ressort du règlement en matière de publicité et de téléachat (décision AGCOM n° 538/2001/CSP) et de la **[Or. 10]** décision AGCOM n° 211/08/CSP (selon laquelle relèvent de la notion d'autopromotion « [...] les annonces relatives aux programmes diffusés sur les différentes plates-formes [...] relevant de la responsabilité éditoriale d'un organisme de radiodiffusion ou d'un fournisseur de contenus, indépendamment de la chaîne sur laquelle les messages [...] sont diffusés [...] ») ;

III) – demeure le grief que la notion d'autopromotion" figurant à l'article 38 du décret législatif n° 177/2005 ne correspond pas à celle, de nature réglementaire, figurant dans l'article 5 de la décision n° 538 et dans son acte interprétatif joint à la décision n° 211/08/CONS. Dès lors que l'article 38 précité découle de l'article 23 de la directive 2010/13/UE (qui a remplacé la directive antérieure n° 89/552/CEE), cette notion aurait dû se voir appliquer le critère selon lequel la disposition nationale de transposition doit être interprétée conformément au droit de l'Union européenne, au vu des indications fournies par la Cour de justice (notamment dans l'arrêt du 28 octobre 1999, ARD, C-6/98, EU:C:1999:532, points 29 à 31, selon lequel lorsqu'une disposition de la directive 89/552 impose une restriction à la diffusion et à la distribution de services de télévision, sans que le législateur communautaire ait rédigé celle-ci en des termes clairs et non équivoques, celle-ci doit être interprétée de façon restrictive, ainsi que dans l'arrêt du 24 novembre 2011, Commission/Espagne, C-281/09, EU:C:2011:767, lequel, après avoir rappelé le principe précité, a ajouté que la présomption selon laquelle, en principe, toute forme de publicité diffusée entre les programmes ou pendant les intermèdes constitue un *spot publicitaire* et est, par conséquent, soumise à la limite horaire, ne s'applique pas aux formes de publicité différentes des spots, expressément régies par la directive, parmi lesquelles s'inscrit l'autopromotion exclue des limites horaires conformément à la disposition expresse de l'article 23, paragraphe 2, de la directive [2010/13]), d'où le caractère erroné de la position du TAR s'agissant tant de la nécessaire exclusion des programmes radiophoniques de l'application de la directive [2010/13] (qui concerne uniquement les services de médias audiovisuels), que de la disposition de l'article 38 du décret législatif 177/2005 (qui transpose la disposition européenne et est soumise au principe d'interprétation conforme en l'espèce, eu égard aux **[Or. 11]** critères dégagés dans la jurisprudence de l'Union européenne) ;

IV) – au-delà du système des agréments prévu par l'article 5 du décret législatif n° 177/2005, les relations intégrées entre télévision et radio sont régies au niveau du groupe d'entreprises, et non au niveau de chacune des sociétés dudit groupe, si bien qu'il y a lieu de rejeter la décision de l'AGCOM sur le défaut de pertinence du caractère unique du groupe éditorial en l'absence d'une disposition réglementaire expresse, dès lors qu'en matière d'infraction administrative, les principes d'exhaustivité et de stricte légalité valent. Ainsi le caractère illégal d'une autopromotion croisée entre médias, qui ne devrait pas relever des limites horaires de l'espace publicitaire, ne saurait être déduit du silence du législateur, mais exige une disposition expresse dérogatoire à la pertinence généralement reconnue par le décret législatif n° 177/ [2005] au groupe d'entreprises [OMISSIS] [*faits étrangers à la présente procédure*].

V) – la pratique des entreprises est orientée vers une intégration croisée entre médias, à l'instar de Monradio et RTI (même si chacune de ces deux sociétés répond des actes illicites commis dans le cadre de sa propre programmation), alors même que l'article 5, paragraphe 1, sous d), et l'article 43, paragraphes 11 à 15, du décret législatif n° 177/2005 présument (sans qu'il ne soit possible d'apporter la preuve contraire) l'existence d'une activité économique éditoriale unitaire, en présence d'une relation de contrôle [OMISSIS] [Or. 12] [OMISSIS] [*répétition de concepts déjà exposés*]

L'AGCOM, s'est constituée partie défenderesse et conclut au rejet du pourvoi [OMISSIS] [*procédure*]

5. – Depuis la modification apportée par la directive 2018/1808/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018, à la directive 2010/13/UE, le considérant 43 à la directive [2018/1808] indique que « *Le temps de diffusion attribué aux messages diffusés par l'organisme de radiodiffusion en ce qui concerne ses propres programmes et les produits connexes directement dérivés de ces programmes, ou aux messages de service public ou aux appels en faveur d'œuvres de bienfaisance diffusés gratuitement, à l'exception des frais occasionnés par la diffusion de ces appels, ne devrait pas être inclus dans la durée maximale du temps de diffusion qui peut être attribué à la publicité télévisée et au téléachat. En outre, de nombreux organismes de radiodiffusion télévisuelle appartiennent à de grands groupes de radiodiffusion et diffusent des messages qui concernent non seulement leurs propres programmes et les produits connexes directement dérivés de ces programmes, mais également les programmes et services de médias audiovisuels d'autres entités appartenant au même groupe de radiodiffusion. Le temps de diffusion attribué à de tels messages ne devrait pas non plus être inclus dans les durées maximales du temps de diffusion qui peut être attribué à la publicité télévisée et au téléachat* ». Le nouveau libellé de l'article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive 2010/13 prévoit pour sa part que les limites horaires de l'espace publicitaire ne s'appliquent pas « [...] *aux messages diffusés par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en liaison avec ses propres programmes et les produits connexes directement dérivés de ces programmes, ou avec les programmes et services de*

médias audiovisuels d'autres entités appartenant au même groupe de radiodiffusion télévisuelle [...] ».

Ainsi, d'après l'appelante, c'est à l'aune de ces dispositions **[Or. 13]** qu'il y a lieu d'interpréter le droit national, en ce compris le droit auparavant en vigueur, au regard du principe de l'interprétation conforme, dès lors qu'elles prennent acte du phénomène en question, qui existait au moment où a été engagée la procédure de sanction à l'encontre de l'appelante et dont on trouve également trace, à certains égards, dans le décret législatif n° 177/2005. De fait, les grandes entreprises éditoriales exercent aujourd'hui généralement sous forme de groupes de sociétés, dans lesquels une entité économique et éditoriale unique coïncide avec une structure formelle (ou organisée par objectifs) composée d'une pluralité de sociétés.

L'appelante RTI ne fait pas valoir une interprétation extensive de la notion, en soi, d'autopromotion des programmes – dont la définition ne varie pas en fonction du programme à promouvoir (télévisuel, radiophonique ou relevant d'une autre plate-forme) –, mais tire grief de l'interprétation illégale et non conforme au droit de l'Union qu'en fait l'AGCOM, uniquement dans le cas d'espèce, en méconnaissant la pertinence du groupe éditorial et en refusant ainsi la possibilité d'exclure des limites horaires de l'espace publicitaire les messages promotionnels *croisés entre médias et/ou entre plates-formes* vis à vis d'autres entreprises du groupe.

À cet égard, la juridiction de céans, aux fins notamment de la pertinence de la question à soumettre à l'examen de la Cour, estime qu'est erroné l'argument de l'arrêt attaqué tiré de l'absence de démonstration, de la part de l'appelante, d'une véritable capacité d'intervention sur les décisions économiques de Monradio s.r.l., qui est l'entreprise bénéficiaire du message publicitaire litigieux et qui est également une de ses filiales. Il s'agit d'un faux problème dès lors qu'il est question, en l'espèce, non pas de l'exercice du contrôle au sein du groupe, mais de la légalité de la promotion, de la part d'un organisme de radiodiffusion télévisuelle qui est société mère, en faveur des programmes d'un organisme de radiodiffusion radiophonique qui en est la filiale et qui, apparemment, en a bénéficié sans jamais s'y opposer.

En second lieu, la juridiction de céans ne nie pas qu'une telle approche, systématique mais *croisée entre médias*, puisse aller au-delà de l'intention du législateur national dans le cadre de la transposition de la directive [2010/13] ou même créer des situations anticoncurrentielles en défaveur **[Or. 14]** des organismes de radiodiffusion uniquement radiophoniques.

Mais une telle situation n'est cependant pas dépourvue de protection, celle-ci étant prévue par l'article 5, paragraphe 1, sous a), du décret législatif n° 177/2005, dans le cadre du système intégré des communications dit « SIC », conformément à l'article 43, paragraphe 9 et suivants dudit décret (qui couvre également les plates-formes Internet).

La juridiction de céans se doit toutefois de rappeler, s'agissant des effets anticoncurrentiels précités – découlant de l'interprétation proposée par RTI sur le marché des recettes publicitaires s'agissant du média radiophonique –, une décision, certes non récente (2016), mais contemporaine au cas d'espèce, de l'autorité garante de la concurrence et du marché, l'AGCM, énoncée dans l'acte n° 25957 du 13 avril 2016, au point 99, à l'égard justement du groupe d'entreprises dont l'appelante est la société-mère.

Dans cette décision, l'AGCM a souligné que « [...] *la logique de la planification publicitaire [...] tend principalement à l'utilisation combinée de plusieurs médias. Plus spécifiquement, le média radiophonique présente des caractéristiques permettant une association efficace avec le média télévisuel. En ce sens, la convergence (entre télévision et radio) est susceptible de provoquer des effets d'exclusion de la concurrence du marché des recettes publicitaires s'agissant du média radiophonique au plan national [...]* ».

Le litige au principal nécessite justement que l'on détermine avec exactitude l'interprétation à donner au droit [de l'Union], afin de vérifier si le droit national y est conforme et de déterminer s'il est possible de l'appliquer en l'espèce

6. – La juridiction de céans considère que l'interprétation des dispositions nationales et, surtout, [du droit de l'Union] invoquée par l'appelante, selon laquelle le droit national serait incompatible avec le droit de l'Union, n'est pas la seule que l'on puisse tirer de la réglementation applicable au cas d'espèce, et rappelle que les faits litigieux sont tous antérieurs à la modification précitée de la directive 2010/13/UE introduite par la directive 2018/1808/UE.

En effet, l'interprétation contraire adoptée tant par l'AGCOM que par le TAR et partagée par les parties défenderesses au principal ne semble pas manifestement [Or. 15] déraisonnable, dès lors qu'elle s'attache rigoureusement à la lettre du décret législatif n° 177/2005, qui reprend le libellé applicable ratione temporis de la directive [2010/13], et qu'elle se prévaut de, ou qu'elle ne méconnaît pas, l'aspect anticoncurrentiel qui pourrait découler de la thèse de l'appelante à l'égard des organismes de radiodiffusion de radio qui ne sont pas intégrés à des organismes de radiodiffusion télévisuelle ou à des médias audiovisuels. Une telle considération suffit, sans préjudice de tout autre aspect pertinent, à rendre nécessaire un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice [OMISSIS], au regard : [OMISSIS] [références à l'article 267 TFUE] de la pertinence systématique que revêt la question d'interprétation, au vu notamment des aspects directement impliqués s'agissant de l'importance du groupe éditorial sur l'évolution de la réglementation [de l'Union] en la matière et sur l'incidence concrète de l'affaire au principal sur le marché des recettes publicitaires du média radiophonique.

Le droit national pertinent

À présent que le cadre factuel de l'affaire au principal a été exposé, précisons qu'il est question en l'espèce de l'application de l'article 38, paragraphes 2 (qui

plafonne l'espace publicitaire) et 6 (qui rend possible l'élévation de ce plafond en cas d'autopromotion) du texte unique des services de médias audiovisuels et radiophoniques (décret législatif n° 177 du 31 juillet 2005) qui sont ainsi libellés, dans la partie qui nous intéresse en l'espèce :

« 2. La diffusion de spots de publicité télévisée par les organismes de radiodiffusion télévisuelle en clair – y compris analogique – dans le cadre national, autres que le concessionnaire du service public général de radiotélévision, *ne peut dépasser 15 % du temps quotidien de programmation ni 18 % de chaque heure d'horloge donnée ; tout dépassement éventuel – qui ne peut, en tout état de cause, dépasser 2 % en une heure – doit être récupéré sur l'heure précédente ou suivante. Une limite identique est fixée, conformément à l'article 29, à l'égard des opérateurs autorisés à transmettre de manière simultanée [Or. 16] dans au moins douze zones d'utilisation, eu égard au temps de programmation simultanée [...].*

6. Les dispositions figurant aux paragraphes 2 à 5 *ne s'appliquent pas aux messages des organismes de radiodiffusion – y compris analogique – en ce qui concerne leurs propres programmes et les produits connexes directement dérivés de ces programmes, aux annonces de parrainage et aux placements de produits ».*

La sanction de la violation de l'article 38 précité est prévue à l'article 52 du décret législatif n° 177/2005.

Il y a également lieu de mentionner l'article 5 dudit décret législatif, qui traite au sous a) des principes relatifs au système intégré et qui distingue, au sous b), les agréments des organismes de radiodiffusion télévisuelle des agréments des organismes de radiodiffusion de radio. Cet article est ainsi libellé :

« Le système des services de médias audiovisuels et de radiophonie, afin de garantir le pluralisme desdits médias, doit respecter les principes suivants :

a) la sauvegarde de la concurrence dans le système des services de médias audiovisuels, de radio, de médias de communication de masse et dans le marché de la publicité, ainsi que la sauvegarde du pluralisme des médias audiovisuels, en interdisant à cette fin la constitution ou le maintien de positions préjudiciables au pluralisme, selon les critères établis dans le présent texte unique, par le biais notamment d'entités contrôlées ou associées, tout en assurant une transparence maximale de l'entreprise ;

b) la prévision d'agréments différents pour l'exécution des activités d'opérateur de réseau, d'organisme de radiodiffusion, de fournisseur de services de médias audiovisuels à la demande, de radiodiffuseur numérique, de fournisseur de services interactifs associés ou de services d'accès conditionnel, et l'institution d'un régime d'autorisation pour les activités susmentionnées ; l'autorisation ne comporte pas l'attribution des radiofréquences, qui est effectuée par un autre acte ; [OMISSIS] [Or. 17] [OMISSIS] [*précisions supplémentaires dépourvues de pertinence en l'espèce*].

L'article 43 du texte unique prévoit également, à des fins anti-concentration, que les groupes de sociétés revêtent de l'importance.

Le droit [de l'Union] pertinent

La disposition pertinente figure à l'article 23 de la directive 2010/13/CE, qui est ainsi libellé :

« 1. Le pourcentage de temps de diffusion de spots de publicité télévisée et de spots de téléachat à l'intérieur d'une heure d'horloge donnée ne dépasse pas 20 %.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux messages diffusés par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en ce qui concerne ses propres programmes et les produits connexes directement dérivés de ces programmes, aux annonces de parrainage et aux placements de produits ».

Il y a également lieu de mentionner le considérant n° 43 de la directive 2018/1808/UE, selon lequel « *Le temps de diffusion attribué aux messages diffusés par l'organisme de radiodiffusion en ce qui concerne ses propres programmes et les produits connexes directement dérivés de ces programmes, ou aux messages de service public ou aux appels en faveur d'œuvres de bienfaisance diffusés gratuitement, à l'exception des frais occasionnés par la diffusion de ces appels, ne devrait pas être inclus dans la durée maximale du temps de diffusion qui peut être attribué à la publicité télévisée et au téléachat. En outre, de nombreux organismes de radiodiffusion télévisuelle appartiennent à de grands groupes de radiodiffusion et diffusent des messages qui concernent non seulement leurs propres programmes et les produits connexes directement dérivés de ces programmes, mais également les programmes et services de médias [Or. 18] audiovisuels d'autres entités appartenant au même groupe de radiodiffusion. Le temps de diffusion attribué à de tels messages ne devrait pas non plus être inclus dans les durées maximales du temps de diffusion qui peut être attribué à la publicité télévisée et au téléachat* ».

Enfin, il y a lieu de citer l'article 23 de la directive 2010/13/CE dans sa version consolidée en 2018 suite à la modification apportée par la directive 2018/1808/UE :

« 1. La proportion de spots de publicité télévisée et de spots de téléachat au cours de la période comprise entre 6 et 18 heures ne dépasse pas 20 % de cette période. La proportion de spots de publicité télévisée et de spots de téléachat au cours de la période comprise entre 18 et 24 heures ne dépasse pas 20 % de cette période.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

a) aux messages diffusés par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en liaison avec ses propres programmes et les produits connexes directement dérivés de ces programmes, ou avec les programmes et services de médias audiovisuels d'autres entités appartenant au même groupe de radiodiffusion télévisuelle ;

- b) aux annonces de parrainage ;
- c) aux placements de produits ;
- d) aux cartons neutres insérés entre le contenu éditorial et les spots de publicité télévisée ou de téléachat, et entre chaque spot ».

Relevons que cette disposition, au paragraphe 2, sous a), accorde à présent de l'importance aux « *autres entités appartenant au même groupe de radiodiffusion télévisuelle* ».

Ainsi, maintenant qu'a été exposé le cadre réglementaire national et de [l'Union européenne], la question complexe suivante est déférée à la Cour de justice (précisons que les sous-questions a) et b), qui sont formulées comme des questions d'interprétation relatives à la conformité du droit national avec le droit de l'Union, répondent en substance à une logique unique exprimée essentiellement dans la sous-question c), relative à la portée du nouveau libellé de l'article 23 de la directive. Les sous questions d) et e expriment quant à elles le même doute, formulé au regard uniquement de l'ancien libellé de l'article 23 précité).

[Or. 19]

La Cour de justice de l'Union européenne est appelée à se prononcer sur les questions suivantes :

a) aux fins de la réglementation de l'Union européenne en matière de limitation horaire de l'espace publicitaire, vu l'importance accordée, de manière générale, dans le droit [de l'Union européenne] à la notion de groupe ou d'entité économique unique, qui ressort de nombreuses sources du droit de la concurrence (notamment du considérant n° 43 de la directive 2018/1808/UE et du nouveau libellé de l'article 23 de la directive 2010/13/[UE] s'appliquant dans l'affaire au principal), sans préjudice de la différence existant dans le droit national italien entre les agréments prévus pour les organismes de radiodiffusion télévisuelle et pour les organismes de radiodiffusion de radio, aux termes de l'article 5, paragraphe 1, sous b) du décret législatif n° 177/[2005], peut-on considérer comme conforme au droit de l'Union une interprétation du droit national en matière de radiotélévision déduisant de l'article 1, paragraphe 1, sous a) dudit décret n° 177/[2005], tel que modifié par le libellé en vigueur depuis le 30 mars 2010 (transposant la directive 2007/65/CE), que le processus de convergence entre les différentes formes de communication (communications électroniques, édition, y compris numérique, et internet dans toutes ses applications) vaut a fortiori entre les fournisseurs de médias télévisés et de radio, surtout s'ils sont déjà intégrés à des groupes d'entreprises liées entre elles, et que [ce processus] s'impose de manière générale, avec les conséquences qui en découlent en matière d'interprétation de l'article 38, paragraphe 6, du décret législatif précité, de sorte que l'organisme de radiodiffusion pourrait être le groupe, considéré comme une seule entité économique, ou au contraire, au vu des

principes de l'Union précités, du fait de l'autonomie de l'interdiction de dépassement des limites horaires de l'espace publicitaire par rapport au droit général de la concurrence, est-il impossible d'accorder une quelconque pertinence – avant 2018 – aux groupes et au processus de convergence précité ainsi qu'aux activités croisées entre médias, en ne considérant, aux fins du calcul de la limite horaire de l'espace publicitaire, que l'organisme de radiodiffusion pris isolément, même s'il relève d'un groupe (cet aspect n'étant évoqué que dans la version consolidée de l'article 23 de la directive 2010/13/UE, consécutive à l'adoption de la directive 2018/1808/UE) ?

*b) à la lumière des principes précités du droit de l'Union en matière de groupes et d'entreprise en tant que seule unité économique, aux fins de l'interdiction du dépassement des limites horaires de l'espace publicitaire et de la succession précitée des libellés de l'article 23 susmentionné, sans préjudice de la différence évoquée entre les **[Or. 20]** agréments, est-il possible de déduire notamment de la réglementation anticoncurrentielle du [système intégré des communications] figurant à l'article 43 du décret législatif n° 177/[2005] la pertinence de la notion de groupe « fournisseur de services de médias » (ou, selon les termes de l'appelante, de « groupe éditorial ») afin d'exclure les messages de promotion croisée entre médias au sein du même groupe des limites horaires de l'espace publicitaire, au sens de l'article 38, paragraphe 6, du décret législatif N° 177/[2005] ou, au contraire, une telle pertinence doit-elle être exclue avant 2018, en raison de l'autonomie du droit de la concurrence en matière télévisuelle par rapport à la réglementation des limites horaires de l'espace publicitaire ?*

c) le nouveau libellé de l'article 23, paragraphe 2, sous a), de la directive 2010/13/UE reconnaît-il un principe préexistant dans le droit de la concurrence de pertinence générale des groupes, ou s'agit-il d'une innovation ? Ainsi, dans le premier cas, s'agit-il d'une réalité juridique déjà inhérente au droit de l'Union – de nature à recouvrir, ainsi, le cas d'espèce, antérieur au nouveau libellé, et à conditionner les interprétations de [l'autorité nationale de réglementation] en lui imposant en tout état de cause la reconnaissance de la notion de groupe « fournisseur de services de médias » – ou, dans le second cas, cette innovation fait-elle obstacle à la reconnaissance de la pertinence des groupes de sociétés dans les affaires nées avant son introduction, dès lors qu'elle est inapplicable ratione temporis aux affaires antérieures du fait de sa portée innovante ?

d) en tout état de cause et au-delà du régime des agréments prévu à l'article 5 du décret législatif n° 177/2005 et du nouveau libellé de l'article 23 introduit en 2008, et ainsi au cas où cette nouvelle disposition ne constituerait pas une reconnaissance de l'existant mais revêtirait un caractère innovant, comme c'est l'objet de la question c), les relations intégrées entre télévision et radio, considérées de manière générale en droit de la concurrence, sont-elles, au regard du caractère général et transversal des notions d'entité économique et de groupe, la clé permettant d'interpréter les limites de l'espace publicitaire, qui sont en tout état de cause régies implicitement au regard du groupe d'entreprises (ou plus

précisément des relations de contrôle entre les entreprises du groupe) et de l'unité fonctionnelle de ces entreprises, de sorte que la promotion des programmes entre télévision et radio du même groupe [passage manquant] si lesdites relations d'intégration sont dépourvues de pertinence dans le cadre des limites de l'espace publicitaire [Or. 21] et ainsi, y a-t-il lieu de considérer que les « propres » programmes visés à l'article 23 (libellé original) le sont en tant qu'appartenant au seul organisme de radiodiffusion qui les promeut, et non au groupe de sociétés dans son ensemble, en ce que cette réglementation est une disposition autonome qui n'admet aucune interprétation systématique l'étendant aux groupes entendus comme seule entité économique ?

e) enfin, l'article 23, dans sa version originale, même s'il ne devait pas être interprété comme une disposition relevant du droit de la concurrence, doit-il en tout état de cause être entendu comme une disposition incitative, décrivant la particularité de la promotion, qui est exclusivement informative et ne tend pas à convaincre quiconque d'acquérir des biens et services autres que les programmes promus, et ainsi, doit-il être considéré comme exclu du champ d'application des dispositions en matière d'espace publicitaire, étant ainsi applicable, dans le périmètre des entreprises appartenant au même groupe, dans tous les cas de promotion croisée et intégrée entre médias, ou doit-il être entendu comme une disposition à caractère dérogatoire et exceptionnel dans le cadre du calcul des limites de l'espace publicitaire et ainsi être interprété strictement ?

[OMISSIS] [formules d'usage et suspension de la procédure nationale]

Par ces motifs

Le Consiglio di Stato, siégeant au contentieux [OMISSIS] [Or. 22] [OMISSIS] défère à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles figurant dans la motivation ; [OMISSIS]

Décidé à Rome, [OMISSIS] [le] 24 septembre 2020, [OMISSIS]

[OMISSIS]