



Une série de publications de
l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Services à la demande et champ d'application matériel de la Directive SMAV

IRIS *Plus* 2016-1

IRIS Plus 2016-1

Services à la demande et champ d'application matériel de la Directive SMAV

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2016

ISSN 2079-1070

Directrice de publication – Susanne Nikoltchev, Directrice exécutive

Supervision éditoriale – Maja Cappello, Responsable du département Informations juridiques

Equipe éditoriale – Francisco Javier Cabrera Blázquez, Sophie Valais

Observatoire européen de l'audiovisuel

Auteurs

Francisco Javier Cabrera Blázquez, Maja Cappello, Gilles Fontaine, Sophie Valais

Observatoire européen de l'audiovisuel

Traduction / Relecture

Gianna Iacino, Julie Mamou, Marco Polo Sarl, Stefan Pooth, Lucy Turner, Barbara Grokenberger

Assistante éditoriale – Snezana Jacevski

Marketing – Markus Booms, markus.booms@coe.int

Presse et relations publiques – Alison Hindhaugh, alison.hindhaugh@coe.int

Observatoire européen de l'audiovisuel

Editeur

Observatoire européen de l'audiovisuel

76, allée de la Robertsau, 67000 Strasbourg, France

Tél.: +33 (0)3 90 21 60 00

Fax: +33 (0)3 90 21 60 19

iris.obs@coe.int

www.obs.coe.int

Maquette de couverture - P O I N T I L L É S, Hoenheim, France

Veuillez citer cette publication comme suit

Cabrera Blázquez F.J., Cappello M., Fontaine G., Valais S., *Services à la demande et champ d'application matériel de la Directive SMAV*, IRIS Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2016

© Observatoire européen de l'audiovisuel (Conseil de l'Europe), 2016

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.

Services à la demande et champ d'application matériel de la Directive SMAV

Francisco Javier Cabrera Blázquez

Maja Cappello

Gilles Fontaine

Sophie Valais



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSSTELLE

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE



Avant-propos

Les fournisseurs de services de VoD proviennent de la quasi-totalité des maillons de la chaîne de valeur du secteur de l'audiovisuel. Ils sont issus de l'univers traditionnel des chaînes de télévision et des opérateurs de télécommunications, mais également des milieux des producteurs et distributeurs de films, des agrégateurs de contenus, les plateformes de partage de vidéos et même des fonds d'archives audiovisuels et des fonds d'aide publique à l'audiovisuel¹. Cette mosaïque rassemble des modèles commerciaux très différents, auxquels sont associés de nouveaux acteurs et de nouveaux positionnements sur le marché, ainsi que de nouveaux services et de nouvelles habitudes de consommation.

La traduction de cette situation en droit figure au cœur du débat actuel sur la révision de la Directive Services de médias audiovisuels (SMAV). Seuls certains types de services de VoD peuvent à l'heure actuelle être qualifiés de services de médias audiovisuels : ils doivent pour cela a) être comparables à de la télévision et b) relever de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias audiovisuels. Ces deux critères doivent être appréciés au cas par cas ; s'ils ne sont pas réunis, il est probable que le service concerné relève d'un autre cadre réglementaire, à savoir la directive sur le commerce électronique.

La détermination du cadre réglementaire applicable, autrement dit la Directive SMAV ou la directive sur le commerce électronique, n'est pas anodine ; en effet, la Directive SMAV prévoit une responsabilité objective pour tout contenu mis à disposition dans un catalogue, y compris par des tiers, tandis que la directive sur le commerce électronique comporte une exonération de responsabilité, le fournisseur ne devant intervenir que lorsqu'il est prié de le faire. Le fait de relever du champ d'application de la Directive SMAV suppose également le respect d'un ensemble d'obligations que la directive sur le commerce électronique n'impose pas, comme la promotion des œuvres européennes et le contrôle *ex ante* des contenus afin de protéger les mineurs ou la dignité humaine. Les effets réglementaires très différents de ces deux textes confèrent à la question de leur applicabilité une dimension particulière ; la classification d'un service est d'autant plus importante que le texte applicable dépendra de la qualification attribuée à ce service.

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a consacré un rapport à cette question en 2013, deux ans après l'expiration du délai de transposition de la Directive SMAV par les Etats membres. L'IRIS *Plus* « Qu'est-ce qu'un service à la demande ? » traitait des divers critères fixés par la Directive SMAV pour déterminer si un service était de type télévisuel et analysait les évolutions nationales les plus récentes en la matière².

Etant donné le développement de l'offre de services audiovisuels dans de nombreux domaines et l'évolution des habitudes de consommation des téléspectateurs, les certitudes d'autrefois disparaissent et le champ d'application matériel de la Directive SMAV suscite de vifs débats.

Diverses institutions se sont associées et de nombreuses contributions ont été apportées aux travaux préparatoires de la révision de la directive, qui ont débuté par la publication d'une « analyse

¹ Voir G. Fontaine et C. Grace, « *On-demand Audiovisual Markets In The European Union - Developments 2014 and 2015* » (en anglais), rapport établi pour la Commission européenne par l'Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2016, http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=14346.

² Voir, notamment, l'article de fond de F. J. Cabrera Blázquez, « Les services à la demande créés à l'image de la télévision ? » dans IRIS *Plus* 2013-4, « Qu'est-ce qu'un service à la demande ? », S. Nikoltchev (sous la direction de), Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2013, http://www.obs.coe.int/documents/205595/264635/IRIS_plus_2013-4_text_EN_%28with_cover%29_BAT_optim.pdf.



d'impact initiale » par la Commission européenne en octobre 2015³. De nombreuses options ont été soigneusement examinées au cours de ces derniers mois, à la lumière d'une série d'études commandées par la Commission européenne dans le cadre de l'exercice REFIT⁴ : maintien du statu quo ; précision du champ d'application au moyen d'éléments d'orientation énoncés par la Commission ; extension du champ d'application aux services qui ne sont actuellement pas pris en compte par la définition des services de médias audiovisuels (essentiellement les services qui ne sont pas « comparables à de la télévision ») et/ou aux fournisseurs qui ne relèvent pas de son champ d'application géographique, mais dont les services sont destinés au public de l'Union européenne et représentent une part significative du marché de l'UE ; évaluation du rôle joué par les plateformes et les intermédiaires visés par la Stratégie pour le marché unique numérique.

Sur la base de ces activités préparatoires, la Commission européenne a publié le 25 mai 2016 une nouvelle proposition de directive portant modification de la Directive SMAV⁵ afin que cette dernière prenne en compte les évolutions du marché, de la consommation et des technologies. Cette nouvelle version du texte met précisément l'accent sur le champ d'application matériel de la directive et sur la nature des dispositions applicables à l'ensemble des acteurs du marché.

La présente publication vise à donner des éléments d'orientation qui permettent de décrypter les dernières évolutions du débat sur le champ d'application matériel de la Directive SMAV s'agissant des services audiovisuels à la demande, en reprenant la structure habituelle de nos rapports IRIS Plus : le chapitre 1 présente les éléments contextuels en décrivant les évolutions les plus récentes du marché de l'offre et de la consommation des services disponibles à la demande et expose brièvement les principales questions réglementaires sous-jacentes ; le chapitre 2 retrace l'historique de l'adoption de la Directive SMAV, qui a débuté à Strasbourg, et énonce les critères fixés par la directive pour la qualification des services réglementés ; le chapitre 3 aborde quant à lui la transposition nationale de la Directive SMAV et met en avant des exemples de lignes directrices adoptées dans un certain nombre de pays choisis pour aider les opérateurs dans ce processus de qualification ; le chapitre 4 présente une sélection des systèmes d'autorégulation et de corégulation mis en place dans un certain nombre d'Etats membres afin de réglementer/d'enregistrer les services à la demande ; le chapitre 5 analyse la jurisprudence élaborée au niveau européen et national à propos de l'évaluation concrète des critères fixés par la Directive SMAV pour la qualification des services à la demande relevant de son champ d'application ; enfin, le chapitre 6 conclut cette publication par une présentation de l'état d'avancement du processus de révision en cours de la directive et se penche sur la réglementation à venir.

Si, au terme de la lecture de cette publication, vos interrogations s'avèrent être plus nombreuses que vos certitudes, cela voudra dire que nous serons parvenus à vous donner une impression exacte du sentiment que suscite en ce moment même cette question. Mais nous espérons également que cet IRIS Plus vous permettra de vous orienter utilement dans le dédale des innombrables documents élaborés à ce jour sur le sujet.

³ Commission européenne, « REFIT Evaluation and Impact Assessment of the EU Audiovisual Media Services Directive 2010/13/EU (AVMSD) (en anglais) » (analyse d'impact initiale),

http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2015_cnect_006_cwp_review_avmsd_iiia_en.pdf.

⁴ Voir les études commandées par la Commission européenne dans le cadre de l'exercice REFIT et publiées le 4 mars 2016, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/avmsd-refit-commission-publishes-preparatory-documents>.

⁵ Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché, 25 mai 2016, COM (2016) 287,

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-updated-audiovisual-media-services-directive>.



J'aimerais remercier tout particulièrement, pour leur précieuse contribution à la rédaction de cette publication, Nico van Eijk, Jean-François Furnémont, Emmanuelle Machet, Francesca Pellicano, Juraj Polak et Tony Prosser.

Strasbourg, juin 2016

Maja Cappello

Coordinatrice IRIS

Responsable du Département Informations juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel



Table of contents

1. Les éléments contextuels	7
1.1. Divergence et convergence	7
1.1.1. Introduction	7
1.1.2. Les différentes utilisations : la fin du modèle de « télézardage »	7
1.1.3. Les types de recettes : des dépenses linéaires en euros et une consommation à la demande en centimes ?	9
1.1.4. Des services linéaires ou à la demande, ou bien linéaires et à la demande?	10
1.1.5. La course au contenu original	10
1.1.5.1. Augmentation des investissements dans la programmation.....	10
1.1.5.2. Les nouveaux formats de courte durée.....	11
1.1.6. Evolution de la chaîne de valorisation	12
1.1.6.1. Distribution : désintermédiation et réintermédiation	12
1.1.6.2. Production : regroupement et intégration.....	13
1.2. Les défis en matière de réglementation.....	14
1.2.1. Quels services faut-il réglementer ?	15
1.2.2. Faut-il conserver une réglementation dont la rigueur varie en fonction du service visé ?17	
2. Le cadre européen	19
2.1. Bref historique de la Directive SMAV	19
2.1.1. Les origines de la Directive « Télévision sans frontières ».....	19
2.1.2. La Directive SMAV et la Convention européenne sur la télévision transfrontière (CETT)21	
2.1.3. Derniers développements au niveau du Conseil de l'Europe	22
2.2. Le champ d'application de la Directive SMAV.....	23
2.2.1. Les objectifs de politique publique de la Directive SMAV	23
2.2.2. Les services relevant ou non du champ d'application de la Directive SMAV	24
2.2.3. Les sept critères constitutifs d'un service de médias audiovisuels à la demande.....	25
2.2.3.1. Service	26
2.2.3.2. Responsabilité éditoriale.....	26
2.2.3.3. Objet principal d'un service.....	26
2.2.3.4. La fourniture de programmes « comparables à de la télévision ».....	26
2.2.3.5. Pour informer, divertir ou éduquer.....	27
2.2.3.6. Grand public	27
2.2.3.7. Les réseaux de communications électroniques	27



2.2.4. Une réglementation dont la rigueur varie en fonction des services	28
2.2.4.1. Les règles communes applicables à l'ensemble des services de médias audiovisuels	28
2.2.4.2. Des dispositions plus strictes applicables à la radiodiffusion télévisuelle	29
2.3. Les points de jonction entre la Directive SMAV et d'autres cadres réglementaires	31
2.3.1. La Directive SMAV et la directive sur le commerce électronique.....	31
2.3.2. La Directive SMAV et la directive Satellite et câble	32
2.3.3. La Directive SMAV et le paquet « communications électroniques »	33
2.3.4. La Directive SMAV et la directive sur les pratiques commerciales déloyales	34
2.3.5. La Directive SMAV et la protection des consommateurs	34
3. Le cadre national	37
3.1. Exemples de transposition nationale	37
3.1.1. Royaume-Uni.....	37
3.1.1.1. Transposition en droit interne.....	38
3.1.1.2. Le système de corégulation de l'ATVOD	38
3.1.1.3. La fin de la corégulation à compter de 2016.....	40
3.1.2. Italie.....	41
3.1.3. Belgique (Communauté française).....	42
3.1.4. La Slovaquie	44
3.1.5. Les Pays-Bas	45
3.2. Evaluation par la Communauté européenne de l'application nationale de la Directive SMAV	46
4. Autorégulation et corégulation	49
4.1. Finlande	49
4.2. Allemagne.....	50
4.3. Hongrie	51
4.4. Irlande.....	51
5. La jurisprudence	53
5.1. Le « champ d'application matériel » dans la jurisprudence européenne.....	54
5.1.1. Les affaires pertinentes de la Cour de justice de l'Union européenne.....	54
5.1.1.1. Tenir compte du passé tout en préparant l'avenir	54
5.1.1.2. L'affaire <i>New Media Online</i>	56
5.1.2. Les points de jonction entre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour de justice de l'Union européenne.....	58
5.1.2.1. L'affaire <i>Delfi</i>	58



5.1.2.2. L'affaire MTE.....	59
5.2. Les décisions prises par les autorités de régulation	60
5.2.1. Les sites de quotidiens en ligne qui proposent des vidéos.....	60
5.2.1.1. Slovaquie	60
5.2.1.2. Suède.....	60
5.2.1.3. Royaume-Uni.....	61
5.2.2. Les chaînes professionnelles proposées sur les plateformes de contenus générés par les utilisateurs.....	62
5.2.2.1. Royaume-Uni.....	62
6. Etat des lieux.....	65
6.1. Les activités d'évaluation et de consultation relatives à la Directive SMAV.....	65
6.1.1. La Commission européenne.....	65
6.1.2. Le Conseil de l'Union européenne	66
6.1.3. Le Parlement européen.....	67
6.1.4. Le Comité économique et social européen	67
6.1.5. Les initiatives parallèles	68
6.2. Un cadre réglementaire applicable aux médias du 21 ^e siècle.....	69
6.2.1. Le programme REFIT	69
6.2.2. Le Groupe des régulateurs européens des services de médias audiovisuels (ERGA).....	69
6.3. La proposition de modification de la Commission du 25 mai 2016	71
6.3.1. Quelles modifications seront apportées au champ d'application matériel de la Directive SMAV révisée ?	72
6.3.2. Vers une autre approche réglementaire à deux niveaux.....	73
6.4. Conclusion	75



1. Les éléments contextuels

1.1. Divergence et convergence

1.1.1. Introduction

Le modèle télévisuel classique risque d'être ébranlé par un certain nombre de changements structurels sur le plan de la technologie, des modes de consommation et des modèles commerciaux. La notion de « convergence » est fréquemment employée à ce propos pour désigner l'interconnexion croissante entre les contenus et les réseaux, ainsi qu'entre les télécommunications et le secteur audiovisuel. L'ultime acception de cette notion concernerait des groupes intégrés de communication, produisant des programmes télévisuels afin de les diffuser sur leurs propres réseaux.

Toutefois, le terme « divergence » serait peut-être plus juste pour qualifier la transformation qui s'opère dans l'industrie de l'audiovisuel. Le modèle de télévision que nous avons connu au cours de ces dernières décennies est resté relativement stable : des programmes d'une durée type d'une demi-heure et d'une heure ; des publicités de masse reposant uniquement sur l'étude du taux d'audience ; des réseaux de distribution étroitement gérés par les opérateurs ; des distributeurs proposant des bouquets de chaînes de télévision. La nouvelle donne rassemble désormais une multiplicité de modèles d'utilisation : de nouveaux acteurs issus d'autres secteurs ont fait leur apparition sur le marché, la concurrence publicitaire s'est étendue au marché parallèle des services en ligne et l'innovation est devenue un atout concurrentiel majeur. Cette nouvelle complexité peut être le fruit d'une phase de transition, mais il est possible qu'elle finisse par devenir la caractéristique permanente de ce secteur.

A cet égard, la convergence recèle un autre sens : les nouveaux types de contenus et les contenus classiques, les chaînes de télévision traditionnelles et les services à la demande, les réseaux de gestion de services télévisuels et l'internet ouvert sont tous désormais dans une large mesure en concurrence sur les mêmes marchés afin de capter l'attention et le temps du public ainsi que ses dépenses en matière de divertissements.

1.1.2. Les différentes utilisations : la fin du modèle de « télézardage »

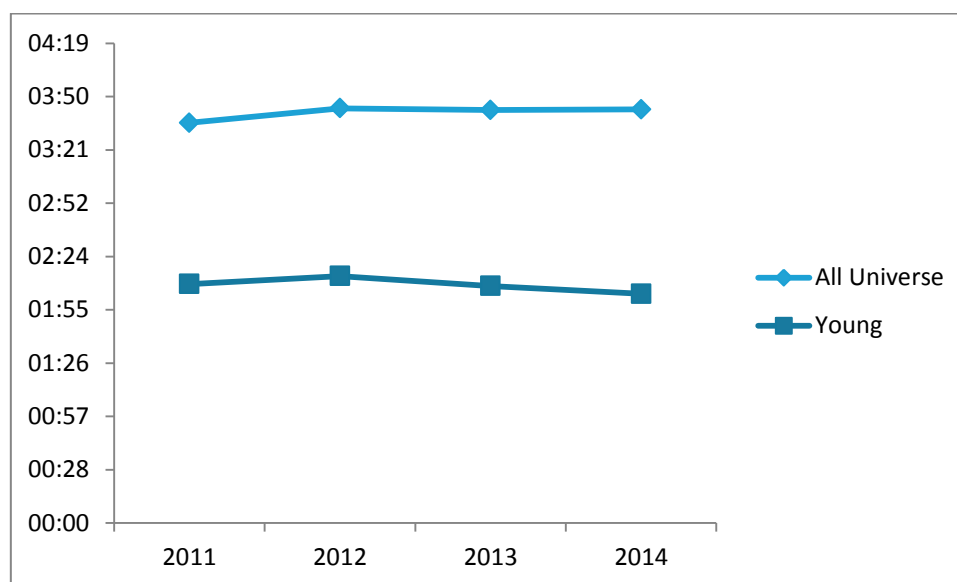
La télévision est souvent assimilée à un moment de détente collectif devant un téléviseur grand écran. Les téléviseurs continueront sans doute encore longtemps à être l'outil de prédilection pour visionner, commenter et partager des événements importants en direct ; pour autant les caractéristiques essentielles de ce mode d'utilisation de la télévision perdent de leur importance :



- dans la plupart des pays développés, le nombre de personnes par foyer est en baisse ; le modèle « deux parents, deux enfants » représente de moins en moins la composition réelle des « familles » d'aujourd'hui ;
- la profusion de programmes disponibles, diffusés à la demande, confère désormais à l'utilisateur, dans une certaine mesure, le pouvoir de choisir les contenus qu'il souhaite visionner, même si les algorithmes de recommandations peuvent jouer le rôle qui était autrefois dévolu aux programmeurs de télévision⁶ ;
- un plus grand nombre d'écrans, généralement plus petits que celui du téléviseur, sont désormais disponibles pour visionner des vidéos ; ces écrans (ordinateurs portables, tablettes, smartphones) présentent non seulement la caractéristique d'être mobiles (ou au moins portables), mais surtout d'être individuels.

La télévision linéaire reste de loin le principal média utilisé pour accéder aux contenus vidéo. Le nombre de ses téléspectateurs a toutefois dans l'ensemble atteint un palier en Europe et, dans la mesure où la télévision de rattrapage a été de plus en plus intégrée dans le calcul des taux d'audience, cette stabilité masque le fait que la consommation de télévision en direct a en réalité diminué. Les avis divergent sur la question de savoir si la consommation à la demande augmentera le temps global passé à visionner des contenus audiovisuels, si elle concurrencera lentement mais de plus en plus la télévision ou si elle viendra s'y substituer à moyen terme.

Figure 1 : Visionnage moyen de la télévision dans l'Union européenne - 2011-2014 (heures : minutes)



Source : Observatoire européen de l'audiovisuel, sur la base des éléments fournis par Eurodata TV Worldwide

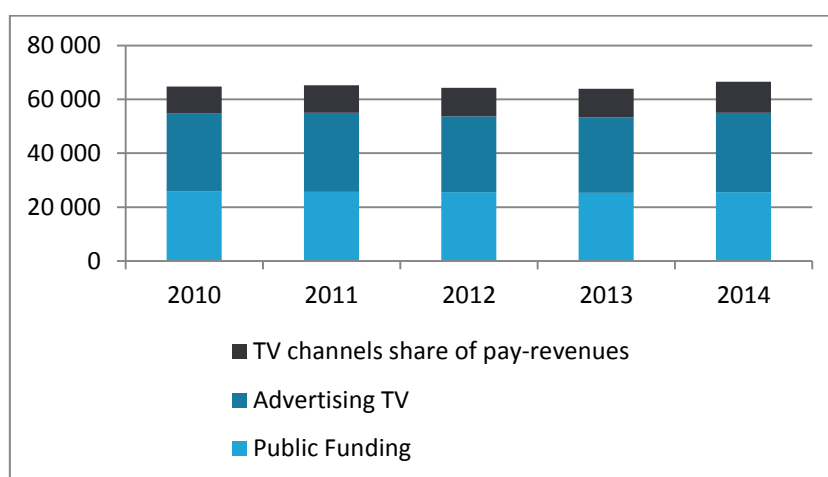
⁶ Sur le rôle des algorithmes, voir par exemple l'interview de M. Carlos Gomez-Urbe, vice-président des produits d'innovation et de la personnalisation des algorithmes et de Xavier Amatriain, directeur de l'ingénierie de Netflix, dans *Wired*, le 4 août 2013 (en anglais), http://www.wired.com/2013/08/gg_netflix-algorithm/.



1.1.3. Les types de recettes : des dépenses linéaires en euros et une consommation à la demande en centimes ?

Depuis 2010 au moins, deux des trois principales sources de revenus classiques des radiodiffuseurs européens sont entrées dans une phase de stagnation : la publicité se remet peu à peu de la récession de 2008, le financement public subit la pression des contraintes budgétaires des Etats. La télévision à péage, au contraire, continue de croître, tout comme les sommes versées par les fournisseurs de services de télévision à péage aux radiodiffuseurs ou les recettes des abonnements directement collectées par les chaînes de télévision. Cependant, en 2015, des signes avant-coureurs d'une possible fin de la longue période de croissance de la télévision ont fait leur apparition.

Figure 2: Evolution et ventilation des recettes des radiodiffuseurs dans l'Union européenne (en millions d'EUR)



Estimations de l'OBS, WARC et UER/MIS sur la base des bilans d'activités

La concurrence devient de plus en plus rude dans les secteurs où les recettes classiques sont menacées. L'avènement de la télévision numérique s'est accompagné d'une augmentation spectaculaire du nombre de chaînes de télévision en Europe, qui sont en concurrence sur le marché de la publicité⁷. Cette situation s'est traduite par une segmentation des téléspectateurs, puisque dans la plupart des pays européens, la part du taux d'audience des quatre principales chaînes de télévision a constamment diminué au cours des dernières années⁸. Cette forte concurrence a conduit à une baisse des tarifs publicitaires et donc à une baisse des recettes. Le nombre plus modeste de nouvelles chaînes lancées au cours de ces dernières années en est probablement la conséquence.

Une nouvelle phase s'amorce à présent, dans laquelle les services à la demande offrent une grande diversité de contenus gratuits et payants. Le défi auquel sont désormais confrontés les radiodiffuseurs consiste à tirer profit de ces nouvelles opportunités sans pour autant entraîner une

⁷ Selon la base de données MAVISE de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, plus de 11 000 chaînes de télévision étaient en activité à la fin de 2015.

⁸ Source : Annuaire de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, sur la base des données fournies par Médiamétrie/Eurodata TV.



diminution des recettes tirées de leurs services traditionnels. La télévision de rattrapage, qui est probablement une application révolutionnaire de la programmation gratuite de qualité, est à présent largement proposée par les radiodiffuseurs. Toutefois, même si la télévision de rattrapage peut séduire de nouveaux téléspectateurs, les recettes publicitaires qui en découlent ne sont en rien comparables aux recettes générées à l'époque où la télévision était essentiellement linéaire. La formule « des dépenses linéaires en euros et une consommation à la demande en centimes » permet d'illustrer la transition douloureuse d'une publicité de masse à une publicité ciblée.

Dans certains pays, les services de vidéo à la demande par abonnement pourraient élargir le marché global de la télévision payante⁹. Dans d'autres, ces services peu onéreux détourneront probablement les abonnés des opérateurs déjà présents sur le marché ou contraindront ces derniers à se lancer dans une guerre des prix.

1.1.4. Des services linéaires ou à la demande, ou bien linéaires et à la demande?

Les services linéaires et à la demande correspondent à deux générations successives de services de médias. Mais la distinction entre les services linéaires ou déjà existants et les services à la demande ou les nouveaux services deviendra peut-être obsolète, dans la mesure où les chaînes linéaires proposent également leurs programmes à la demande et que les services à la demande sont susceptibles de séduire un grand nombre de téléspectateurs et de susciter des débats à l'échelon national¹⁰ - autrefois l'apanage des médias traditionnels -. Une distinction plus subtile entre le service de rattrapage d'une chaîne de télévision et un abonnement à des services à la demande pourrait en outre être dénuée de pertinence du point de vue des utilisateurs, étant donné que les services proposés sont relativement identiques.

De plus, certaines chaînes de télévision proposent des services télévisuels de rattrapage qui comportent des programmes qui n'ont pas été préalablement diffusés sur la chaîne en question. L'avenir du « service télévisuel » pourrait fort bien résider dans la combinaison d'événements retransmis en direct et de programmes à la demande proposés sous la même étiquette.

1.1.5. La course au contenu original

1.1.5.1. Augmentation des investissements dans la programmation

Le lancement de nouveaux services à la demande s'est traduit par une augmentation quantitative des contenus mis à la disposition des consommateurs. Alors qu'un téléspectateur qui était abonné à un vaste ensemble de chaînes de télévision avait le choix entre 200 programmes, un service à la demande peut quant à lui proposer jusqu'à 5 000 programmes à n'importe quel moment. Ces nouveaux services, dont l'ambition était de proposer un très grand nombre de programmes, ont tout d'abord eu recours pour ce faire à des catalogues de programmes déjà diffusés. Mais la concurrence

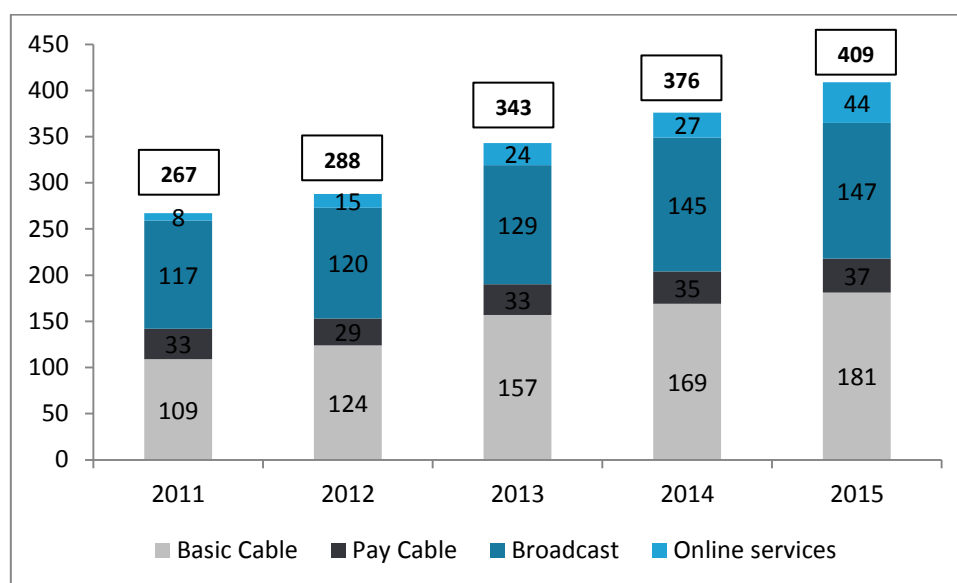
⁹ Le niveau de développement de la télévision à péage en Europe varie fortement selon les pays : le budget annuel qui lui est consacré par foyer varie de moins de 50 EUR à près de 400 EUR (Source : Annuaire de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, sur la base des données d'Eurostat et d'IHS).

¹⁰ Par exemple, le documentaire de Netflix « *Making a murder* », diffusé en décembre 2015, a suscité aux Etats-Unis un débat national sur les enquêtes et les procédures judiciaires.



entre les services à la demande, ainsi qu'entre les services à la demande et les acteurs traditionnels du marché, imposait de proposer aux consommateurs des contenus exclusifs et inédits. Par conséquent, du moins aux Etats-Unis, les investissements en matière de programmation originale ont augmenté de manière régulière. Plus de 400 séries télévisées différentes sont produites au cours de la saison télévisuelle américaine 2015-2016 : faut-il y voir l'âge d'or de la télévision ou au contraire un véritable risque d'implosion de cette « bulle » d'investissements dans des contenus inédits¹¹ ?

Figure 3 : Nombre de séries télévisées inédites produites aux Etats-Unis entre 2011 et 2015



Source : FX Networks Research

1.1.5.2. Les nouveaux formats de courte durée

Les formats vidéo de courte durée avaient déjà fait leur apparition à l'époque de la télévision classique, notamment sous la forme de clips vidéo musicaux. Les plateformes vidéo telles que YouTube ont ensuite contribué à l'expansion de « contenus générés par les utilisateurs », qu'il serait d'ailleurs plus juste de qualifier de « contenus enregistrés par les utilisateurs », dans la mesure où les contenus télévisuels sont l'une des principales sources des vidéos mises en ligne sur YouTube. Toutefois, la facilité avec laquelle les contenus vidéo peuvent être diffusés au moyen d'une plateforme en ligne a entraîné une professionnalisation de la production de formats de courte durée, ainsi que l'émergence d'une nouvelle génération de producteurs de contenus audiovisuels. L'avènement des réseaux sociaux, tels que Facebook, et la généralisation de la téléphonie mobile comme principal dispositif pour y accéder a donné aux professionnels une raison supplémentaire de produire des vidéos de courte durée.

¹¹ Voir par exemple le discours du Président directeur général de FX Networks, John Landgraf, à l'occasion de la tournée estivale 2015 de l'Association *Television Critics*, cité dans *Hollywood Reporter*, le 7 août 2015, <http://www.hollywoodreporter.com/live-feed/fx-chief-john-landgraf-content-813914>.



Bien que ces formats de courte durée ne soient pas essentiellement destinés à la télévision, il existe de nombreuses passerelles entre ces deux univers. Comme nous l'avons indiqué, la télévision représente une source de contenus qui peuvent être remaniés et diffusés sur des plateformes de vidéos ou sur les réseaux sociaux. Les formats propres au web peuvent s'inspirer du concept d'un programme télévisuel ; ces concepts créés en ligne peuvent être transposés à la télévision avec des moyens de production plus importants.

1.1.6. Evolution de la chaîne de valorisation

1.1.6.1. Distribution : désintermédiation et réintermédiation

Les services de télévision étaient autrefois uniquement distribués par l'intermédiaire de réseaux de télévision créés à cet effet et gérés par des professionnels : c'était le cas de la télévision analogique, de la télévision numérique terrestre, du câble, du satellite, ainsi que de l'ADSL ou de l'IPTV par fibre optique. Un certain nombre d'opérateurs de réseaux sont progressivement parvenus à dynamiser leur chaîne de valorisation, en passant de la fonction de simple fourniture de capacités de transmission à celle de fournisseurs de services, en commercialisant désormais des bouquets de chaînes de télévision.

La diffusion sur l'internet ouvert de contenus vidéo « *Over-The-Top* » (OTT) est devenue de plus en plus facile, notamment grâce au déploiement des réseaux en haut débit. Outre les ordinateurs et les smartphones, les postes de télévisions peuvent désormais être utilisés à cette fin avec les téléviseurs intelligents ou des adaptateurs autonomes. Les éditeurs de services audiovisuels bénéficient ainsi de nouvelles possibilités de contourner leurs distributeurs et de s'inscrire dans un modèle « d'auto-distribution ». Les enjeux sont de taille, puisque le distributeur commercial conserve le contrôle des portefeuilles d'abonnés et prélève une part importante du montant des abonnements au titre des frais de distribution.

Alors que les distributeurs commerciaux classiques risquent de perdre leur place d'intermédiaire, de nouveaux acteurs apparus sur le marché agissent comme des « agrégateurs » de contenus. Cette notion « d'agrégateurs » peut englober la mise à disposition d'une plateforme technique visant au stockage et à la récupération de contenus, laquelle peut comporter ou non un dispositif ou un système d'exploitation spécifique, la gestion de la publicité, des ventes d'abonnement ou d'autres transactions liées à ces contenus, ainsi que la recommandation de contenus aux utilisateurs, souvent au moyen d'algorithmes. La gestion de sections spécifiques de ces plateformes peut être assurée par des groupes de médias, qui mettent à disposition leurs propres contenus et recourent à des outils proposés par la plateforme pour leur promotion et leur commercialisation.

Ces agrégateurs se distinguent des distributeurs classiques puisqu'en principe ils ne proposent pas un ensemble prédéfini de contenus acquis auprès des titulaires des droits concernés, mais stockent massivement l'ensemble des contenus mis à disposition par des tiers sur la plateforme et offrent à tout utilisateur la possibilité théorique de les récupérer. En ce sens, leur principale fonction serait de permettre la distribution de contenu en proposant, d'une part, des outils à cet effet aux producteurs de contenus et, d'autre part, un « service clé en main » destiné aux utilisateurs.



1.1.6.2. Production : regroupement et intégration

La production européenne combinait jusqu'à présent la production interne des radiodiffuseurs et celle des petits producteurs indépendants, dans des proportions différentes en fonction des pays. En 2014 et 2015, une multitude de transactions ont été conclues portant sur des sociétés de production audiovisuelle¹² en Europe, mais également des groupes européens de télévision ont fait l'acquisition de quelques sociétés de production américaines. Trois principaux facteurs peuvent expliquer cette phase de regroupement sans précédent :

- les groupes de médias établis aux Etats-Unis, qui sont déjà de grands exportateurs de programmes sur le marché européen, cherchent désormais à diversifier leurs activités en finançant directement des œuvres européennes ou en facilitant les coproductions américano-européennes ;
- les radiodiffuseurs, confrontés au ralentissement du marché de la télévision linéaire, entendent développer le segment de la production télévisuelle afin d'en détenir les droits et de les exploiter sur toute plateforme ;
- les producteurs indépendants cherchent à prendre de l'envergure, à investir dans de nouveaux projets, à diversifier davantage leurs activités entre les différents formats de programmes, à mieux préfinancer les programmes de télévision grâce à leur présence sur la scène internationale et à peser davantage dans leurs négociations avec les radiodiffuseurs grâce à une place plus importante sur le marché.

Tableau 1 : Exemples de transactions dans le secteur de la production audiovisuelle (2014-2015).

Année	Groupes concernés	Sociétés de production visées
2014	Discovery, Liberty Global	Acquisition en commun de <i>All3Media</i>
2014	Discovery	Acquisition de <i>Raw TV</i>
2014	21st Century Fox, Apollo Global Management	Fusion d' <i>Endemol</i> , <i>Shine</i> et <i>Core Media</i>
2014	Sky	Acquisition de <i>Love production</i>
2014	ITV	Acquisition de <i>Leftfield</i> , <i>Big Talk</i> , <i>The Garden</i> et <i>So TV</i>
2014	Canal+	Acquisition de <i>Red Production</i>
2015	NBCU, RTL, TF1	Accord de production commune de séries télévisées aux Etats-Unis
2015	LOV Group, De Agostini	Fusion de <i>Banijay</i> et <i>Zodiak</i>
2015	ITV	Acquisition du groupe <i>Twofour</i> et de <i>Talpa media</i>

Source : Observatoire européen de l'audiovisuel

¹² Voir par exemple l'analyse du processus de regroupement de la production britannique dans la partie 7 du rapport présenté à l'Ofcom par Oliver & Olbhaum : « *Trends in TV production* », décembre 2015 : http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/reviews-investigations/tv-production-sector-review/O_O_Annex_Trends.pdf



1.2. Les défis en matière de réglementation

Jusqu'à présent, la radiodiffusion audiovisuelle et les services à la demande relèvent du cadre réglementaire établi par la Directive Services de médias audiovisuels (SMAV), élaborée sur la base de la Directive Télévision sans frontières (TSF)¹³. Bien que le champ matériel de la directive s'applique tout aussi bien aux services linéaires qu'aux services non linéaires, il convient de déterminer si, compte tenu de l'évolution constante des nouveaux modèles du marché décrits plus haut, ces services satisfont pleinement à la définition énoncée par la Directive SMAV et s'ils sont conformes à la notion de responsabilité éditoriale. Les services à la demande et les nouvelles formes de radiodiffusion soulèvent bien entendu les questions les plus controversées et font par conséquent l'objet de la présente publication.

Comme les autorités de régulation nationales jouent un rôle essentiel dans l'application de la Directive SMAV pour déterminer si un service spécifique relève ou non du champ d'application de la directive, il est particulièrement utile de prendre en compte leur contribution au débat. Deux organisations présentent un intérêt à cet égard :

- la Plateforme européenne des instances de régulation (EPRA)¹⁴, une plateforme qui œuvre depuis 1995 en faveur d'une coopération informelle entre 52 autorités de régulation nationales de toute l'Europe sur la base d'un échange d'informations et d'une mise en commun des meilleures pratiques, dont les statuts excluent expressément l'adoption de positions ou de déclarations communes ;
- le Groupe des régulateurs européens des services de médias audiovisuels (ERGA)¹⁵, le groupe de régulateurs du secteur de l'audiovisuel de l'Union européenne qui a été institué par la Commission européenne en 2014 dans le but « de conseiller et d'aider la Commission dans ses travaux, afin de garantir une mise en œuvre cohérente dans l'ensemble des Etats membres du cadre réglementaire applicable aux services de médias audiovisuels ».

Dans son rapport sur le champ d'application matériel dans un environnement convergent¹⁶, l'ERGA affirme que les changements qui s'opèrent sur le marché ne remettent pas en cause la pertinence des objectifs de la Directive SMAV. Bien que cela puisse être le cas pour les objectifs de la Directive SMAV, le nouvel environnement des médias que nous avons décrit soulève en revanche au moins deux questions qui posent problème au sujet du champ d'application matériel de la directive :

- Quels services faut-il réglementer (c'est-à-dire quels services peuvent être qualifiés de services de médias audiovisuels) ?
- Faut-il conserver une réglementation dont la rigueur varie en fonction du service visé ?

Sur ce point, la plateforme européenne des instances de régulation (EPRA) a recensé en 2012 un certain nombre de services que les autorités de régulation nationales jugent particulièrement difficiles à catégoriser, tels que les sites de quotidiens en ligne qui proposent des contenus vidéo, les

¹³ Voir le chapitre 2 pour plus de précisions sur les évolutions réglementaires concernant les services audiovisuels.

¹⁴ www.epra.org.

¹⁵ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/audiovisual-regulators>.

¹⁶ Rapport de l'ERGA sur la compétence matérielle dans un environnement convergent (en anglais), 16 janvier 2016, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/erga-report-material-jurisdiction-converged-environment>.



chaînes professionnelles hébergées sur des plateformes de contenus générés par les utilisateurs et les services de téléchargement en vue d'une location ou d'un achat¹⁷.

1.2.1. Quels services faut-il réglementer ?

L'idée qui a présidé à la prise en compte des services de médias audiovisuels à la demande par la Directive SMAV découle d'une conception classique de la radiodiffusion, propre au XX^e siècle. Elle transparait en effet dans le principe énoncé par la directive : la forme et le contenu d'un programme doivent être comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle. Ce point de vue peut dans une certaine mesure se comprendre compte tenu de ce qu'étaient les technologies de pointe au moment de la négociation de la Directive SMAV. En outre, selon cette dernière, la notion de « programme » devrait être interprétée de manière dynamique en tenant compte de l'évolution de la radiodiffusion télévisuelle. La réglementation des médias du XXI^e siècle dépend donc de l'évolution des médias du XX^e siècle. Cette approche pourrait en théorie se traduire par une classification des services qui évoluerait au fil du temps, aux dépens éventuels de la sécurité juridique¹⁸.

Le caractère flou de la notion de service « comparable à de la télévision » permet aux régulateurs d'inclure ou d'exclure tout un ensemble de services, par souci de pragmatisme. Mais les services à la demande sont-ils vraiment « comparables à la télévision », ou sont-ils plutôt « comparables à un vidéoclub » ?

Selon le considérant 24 de la Directive SMAV, les services à la demande sont en concurrence avec les services télévisuels pour capter le même public. Cependant, pour l'utilisateur, ces services s'apparentent davantage à une location de DVD pour le visionner au moment qu'il jugera le plus opportun. L'une des principales caractéristiques d'un programme de télévision est l'incapacité de l'utilisateur à choisir à quel moment il regardera le programme en question¹⁹. Ce qui se traduit par une certaine normalisation des contenus que les téléspectateurs ont la possibilité de visionner.

En outre, l'interactivité des technologies en ligne et les possibilités techniques mises à la disposition de millions de personnes au moyen de dispositifs numériques et de logiciels offrent une grande flexibilité dans le format et les modes de diffusion des contenus audiovisuels, au point que la distinction entre contenu privé et commercial tend à s'estomper de plus en plus. L'apparition de nouveaux modes de monétisation des contenus privés rend cette distinction entre contenu commercial et contenu privé plus imprécise encore.

Le rapport de l'ERGA précisait que la Commission devait revoir la définition d'un service de médias audiovisuels dans le cadre d'une Directive SMAV révisée et réexaminer le critère de service « comparable à de la télévision ». La Commission devrait à cette occasion prendre en compte les principaux objectifs de la directive (par exemple la nécessité d'un traitement équitable des services

¹⁷ Voir le document de travail comparatif (EPRA/2012/02a) préparé par Emmanuelle Machet, Secrétariat de l'EPRA, pour la session plénière 1 : Nouveaux services et champ d'application : « qui est in, qui est out ? » (en anglais), 35^e réunion de l'EPRA à Portorož, 30 mai – 1^{er} juin 2012. (Version publique), disponible sur : http://epa3-production.s3.amazonaws.com/attachments/files/2011/original/Plenary%201_overview_responses_questionnaire_publicversion.pdf.

Voir le chapitre 5 pour de plus amples détails.

¹⁸ Voir P. Valcke, K. Lefever et J. Ausloos (2012) « Audiovisual Media Services 2.0: (Re)Defining the Scope of European Broadcasting Law in a Converging and Connected Media Environment », in : K. Donders, C. Pauwels et J. Loisen, Palgrave Handbook on European Media Policy (à paraître).

¹⁹ La possibilité d'enregistrer un programme pour le visionner ultérieurement existe bien, mais il s'agit davantage d'une exception que d'une règle.



concurrents, leurs répercussions sur la société, la démocratie et la culture, la protection des téléspectateurs) et le principe de proportionnalité. Le rapport indiquait que la Commission envisageait, en collaboration avec l'ERGA, d'élaborer un ensemble de lignes directrices qui contribueraient à rendre cette définition plus claire et son application plus cohérente²⁰. Il admettait par ailleurs le caractère inévitablement subjectif du critère de service « comparable à de la télévision » et l'existence de plusieurs interprétations nationales différentes de ce critère. Sur cette question, la Commission, dans sa proposition de directive portant modification de la Directive SMAV, a étendu son champ d'application aux plateformes de partage de vidéos, supprimé le critère de service « comparable à de la télévision » et ajouté à la liste d'exemples de programmes concernés les vidéos de courte durée²¹.

Il convient par ailleurs de déterminer si la future Directive SMAV doit s'appliquer ou non aux services qui ne relèvent actuellement pas de son champ d'application du fait qu'ils ne remplissent pas l'exigence de responsabilité éditoriale. Selon le rapport de l'ERGA, ces nouveaux acteurs sont en mesure d'exercer une influence ou un contrôle directs sur les contenus proposés et le choix du consommateur. Il s'agit donc de savoir si la nouvelle Directive SMAV doit aller au-delà de l'exigence actuelle en matière de responsabilité éditoriale des fournisseurs de services de médias audiovisuels et mettre en place un nouvel ensemble de dispositions applicables à un certain nombre de plateformes en ligne afin de satisfaire à certains objectifs de politique publique. Cette question est essentielle à la modernisation de la Directive SMAV et constitue l'une des principales modifications apportées par la Commission sur le plan du champ d'application dans sa proposition de modification de la directive.

Mais quels sont par ailleurs les véritables éléments constitutifs d'une plateforme ? Dans sa consultation publique sur l'environnement réglementaire concernant les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage, ainsi que l'économie collaborative²², la Commission propose une définition relativement large du terme « plateforme en ligne » :

« une entreprise active sur des marchés bifaces (ou multifaces), qui utilise internet pour permettre des interactions entre au moins deux groupes distincts, mais interdépendants, d'utilisateurs de façon à créer de la valeur pour au moins l'un des groupes. Certaines plateformes sont aussi considérées comme des prestataires de services intermédiaires ».

Cette définition englobe, selon la directive sur le commerce électronique, des services de la société de l'information, mais également des services de médias audiovisuels à la demande. Dans ce qu'elle assimile à des « plateformes de musique et de contenus audiovisuels », la Commission mentionne, à titre d'exemple, Deezer, Spotify, Netflix, Canal Play et Apple TV. Alors que ce dernier propose une plateforme qui intègre aussi bien ses services que les services de tiers, Netflix et Canalplay offrent uniquement des contenus dont ils assument la responsabilité éditoriale.

²⁰ Voir le chapitre 6 pour davantage de précisions sur l'état des lieux des évolutions réglementaires à venir.

²¹ Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché, 25 mai 2016, COM (2016) 287, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-updated-audiovisual-media-services-directive>. Pour une description plus complète des modifications proposées, voir le paragraphe 6.3. de la présente publication.

²² Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy (Consultation publique sur l'environnement réglementaire concernant les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage, ainsi que l'économie collaborative, uniquement en anglais), <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>.



1.2.2. Faut-il conserver une réglementation dont la rigueur varie en fonction du service visé ?

Comme nous l'expliquerons dans le chapitre 2 de la présente publication, la Directive SMAV a opté pour une approche réglementaire graduelle, assortie d'un ensemble de règles plus strictes applicables à la télévision et d'un dispositif plus souple pour les services de médias audiovisuels à la demande dans certains domaines spécifiques, tels que la protection des mineurs, la promotion et la distribution des œuvres européennes, ainsi que la publicité et le téléachat, en fonction du degré de contrôle différent qu'exercent les utilisateurs sur ces deux services et de leurs diverses répercussions sur la société.

Compte tenu du fait que dans le nouvel environnement médiatique décrit plus haut, la distinction entre les nouveaux services et les services classiques est de moins en moins nette, il convient de s'interroger sur la nécessité de conserver une réglementation dont la rigueur varie en fonction du service visé et, surtout, de se demander dans quelle mesure cette réglementation peut être imposée de manière effective à un nombre croissant de nouveaux services. Prenons par exemple la protection des mineurs : récemment encore, les contenus audiovisuels étaient exclusivement reçus sur le poste de télévision du foyer. Les programmes de télévision ou les contenus vidéo visionnés à la maison étaient strictement réglementés et relativement simples à surveiller par les parents. A présent, les contenus audiovisuels sont également accessibles par d'autres moyens très différents. Dans un environnement en ligne, le contrôle de l'accès à des contenus susceptibles d'être préjudiciables aux mineurs représente pour les régulateurs et les parents une tâche bien plus difficile à accomplir. Il reste toutefois relativement simple pour un régulateur d'interdire la diffusion télévisuelle d'un contenu audiovisuel qui porte atteinte aux droits fondamentaux et un parent responsable sera quant à lui attentif aux programmes télévisés que regardent ses enfants à la maison. En revanche, ce même contenu est la plupart du temps disponible en ligne sans aucune forme de restriction et les enfants peuvent y accéder à partir de leur ordinateur, de leur smartphone et de leur tablette. La réglementation de cet environnement semble par conséquent pratiquement impossible.

Il s'agit là précisément de l'une des conclusions de la Commission, comme en témoigne la proposition de directive portant modification de la Directive SMAV. La Commission y estime que, compte tenu de ces nouveaux enjeux, les plateformes de partage de vidéos devraient être tenues de prendre des mesures appropriées pour protéger, d'une part, les mineurs contre les contenus susceptibles de leur être préjudiciables et, d'autre part, l'ensemble des citoyens contre tout contenu visant à inciter à la violence ou à la haine²³.

²³ Pour de plus amples informations, voir le paragraphe 6.3. de la présente publication.





2. Le cadre européen

2.1. Bref historique de la Directive SMAV

2.1.1. Les origines de la Directive « Télévision sans frontières »

Les premiers signes d'une volonté d'harmoniser le cadre réglementaire européen applicable aux médias audiovisuels remontent au début des années 1980²⁴, lorsque le Comité directeur sur les moyens de communication de masse (CDMM)²⁵ du Conseil de l'Europe avait élaboré plusieurs recommandations, dont une sur les principes relatifs à la publicité télévisée²⁶ et une autre sur l'utilisation des capacités de satellite pour la télévision et la radiodiffusion sonore²⁷. Ces deux recommandations ont été adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en 1984. Toutes deux avaient été suscitées par l'émergence de la radiodiffusion par satellite, laquelle était supposée faciliter les activités transfrontières des chaînes de télévision et des stations de radio.

La même année, la Commission européenne a publié son Livre vert sur la « Télévision sans frontières »²⁸, un imposant document visant à la réalisation d'un marché commun des services de télévision au sein de la Communauté européenne. Il convient de rappeler qu'avant la publication de ce Livre vert, la Commission avait été invitée, par une résolution du Parlement européen²⁹, à se charger de cette question. La Commission a adopté une approche fondée sur le marché commun, qui recense les obstacles à la libre circulation des services, garantie par le Traité, et qui propose un instrument juridique visant à coordonner, si nécessaire, les dispositions nationales, afin d'assurer la libre circulation des programmes. La Commission a également insisté sur le rôle politique que pouvait avoir une augmentation des échanges d'informations entre les Etats membres pour tenir lieu de catalyseur de l'intégration européenne en général. De même, la Commission a souligné les avantages de la publicité transfrontière, en particulier pour l'intégration économique.

²⁴ S. Nikoltchev (sous la direction de), Services de médias audiovisuels sans frontières – La mise en œuvre du cadre réglementaire, IRIS *Spécial*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2006,

www.obs.coe.int/documents/205595/2284366/Iris_spe_2006-2_EN_optim.pdf/2f8d0f2c-4ea1-4fe4-aa82-1754e439ac4c.

²⁵ Depuis 2005, le CDMM a été renommé « Comité directeur sur les médias et les nouveaux services de communication » (CDMC).

²⁶ Recommandation n° R (84) 3 du 23 février 1984,

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=603460&SecMode=1&DocId=681964&Usage=2>.

²⁷ Recommandation n° R (84) 22 du 7 décembre 1984,

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=604537&SecMode=1&DocId=684806&Usage=2>.

²⁸ COM (84) 300 Final du 14 juin 1984 (en anglais),

http://ec.europa.eu/green-papers/pdf/tv_without_frontiers_green_paper_table_com_84_300.pdf.

²⁹ Résolution relative à la radiodiffusion et à la télévision dans la Communauté européenne, Journal officiel n° C 87 du 5 avril 1982,

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1982:087:FULL>.



Bien que le Livre vert n'ait pas fait l'unanimité³⁰, le Parlement européen s'est toutefois félicité de cette initiative prise par la Commission et, un an plus tard, le Conseil européen des chefs d'Etat ou de gouvernement approuvait le Livre blanc de la Commission sur le marché intérieur³¹, un document stratégique qui visait à redynamiser le processus d'intégration européenne. Une directive sur le secteur de la radiodiffusion figurait parmi les priorités politiques énumérées par le Livre blanc. En 1986, la Commission a enfin présenté sa proposition de directive³².

La réticence de plusieurs Etats membres à l'égard du Livre vert de la Commission sur la Télévision sans frontières et de la proposition de directive qui a suivi, ainsi que la réaction de plusieurs autres pays, ont donné un nouvel élan aux travaux du Conseil de l'Europe. En décembre 1986, la première conférence ministérielle européenne sur la politique des communications de masse, qui s'est tenue à Vienne, a décidé de mandater le CDMM pour l'élaboration d'une convention sur la télévision transfrontière. Cet événement a donné le départ d'une course entre les deux organisations européennes. Alors que l'ensemble des Etats membres des Communautés européennes étaient également membres du Conseil de l'Europe, certains d'entre eux ont pourtant été les ardents défenseurs de l'adoption d'un instrument juridique dans le cadre du Conseil de l'Europe³³.

Ces deux organisations évoluaient dans un contexte juridique et un cadre institutionnel différents. Alors qu'au Conseil de l'Europe, le CDMM commençait à élaborer une convention en partant d'une feuille blanche, le Conseil des ministres de la CEE et son groupe de travail reprenaient la proposition de la Commission et les amendements proposés par le Parlement européen. Bien que les travaux consacrés à ces deux instruments aient représenté une tâche éprouvante, jalonnée de discussions parallèles auxquelles participaient des experts membres des deux groupes de négociations, ces deux instruments ont commencé à converger l'un vers l'autre, non seulement dans leur libellé, mais également sur les principaux sujets de préoccupation d'ordre politique. La Convention européenne sur la télévision transfrontière (CETT) a finalement pu être adoptée le 5 mai 1989³⁴. Dans l'intervalle, le Conseil européen avait décidé que la directive devait s'aligner sur la Convention à chaque fois que cela pouvait contribuer à résoudre les problèmes en suspens.

La directive a quant à elle été adoptée le 3 octobre 1989³⁵. Les Etats membres disposaient d'un délai de deux ans pour la transposer dans leur droit interne, c'est-à-dire jusqu'en octobre 1991.

La Convention sur la télévision transfrontière est entrée en vigueur le 1^{er} mai 1993, après avoir été ratifiée par sept Etats membres. Ce processus s'est révélé long et difficile, mais il convient de

³⁰ Plusieurs acteurs ont contesté l'approche générale adoptée par la Commission et ont estimé que la radiodiffusion était pour l'essentiel une activité davantage culturelle qu'économique. La compétence des Communautés européennes en matière de culture a été remise en question.

³¹ Communication de la Commission européenne du 14 juin 1985 (COM(87) 203 final), http://aei.pitt.edu/1523/1/internal_market_2nd_report.pdf.

³² Proposition de directive du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion, Journal officiel n° C 179 du 17 juillet 1986, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1986:179:FULL&from=FR>.

³³ La composition des deux organisations était alors différente de ce qu'elle est aujourd'hui. A la fin de 1986, les Communautés européennes comptaient 12 Etats membres, le Portugal et l'Espagne venaient de les rejoindre cette même année et l'Autriche, la Finlande et la Suède n'étaient pas encore membres. Le Conseil de l'Europe comptait alors 21 membres, l'Autriche, Chypre, l'Islande, le Liechtenstein, Malte, la Norvège, la Suède, la Suisse et la Turquie n'en faisaient pas encore partie. De ce fait, la majorité et les membres les plus importants du Conseil de l'Europe (à l'exception de la Turquie) étaient également membres de la Communauté européenne (CE). Or ce déséquilibre n'a pas joué en faveur des pays les plus puissants. Certains membres de la Communauté européenne favorisaient Strasbourg et provoquaient des ralentissements des travaux à Bruxelles.

³⁴ Convention européenne sur la télévision transfrontière, Strasbourg 5 mai 1989, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007b0e6>.

³⁵ Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31989L0552&from=EN>.



reconnaître que cette élaboration parallèle a également eu des répercussions particulièrement positives. Des Etats non membres de la Communauté européenne ont ainsi pu participer au processus, ce qui a par ailleurs permis de surmonter des divergences majeures dans les positions des Etats membres de la Communauté européenne et de la Commission.

2.1.2. La Directive SMAV et la Convention européenne sur la télévision transfrontière (CETT)

La Convention européenne sur la télévision transfrontière, modifiée en 1998³⁶ afin de l'aligner sur la Directive Télévision sans frontières révisée 97/36/CE³⁷, reste inchangée depuis³⁸. De fait, le projet de nouvelle mise à jour de la convention a été interrompu en 2011 en raison de l'opposition de la Commission européenne, qui considérait être l'unique détentrice d'une compétence exclusive en la matière à l'égard des Etats membres de l'Union européenne – ces derniers n'étant pas autorisés à devenir eux-mêmes parties à la Convention. Il existe pourtant un cadre réglementaire asymétrique en Europe, puisque 28 membres de l'Union européenne sont liés par la Directive SMAV, telle que modifiée en 2007, tandis que 15 autres pays européens parties à la Convention³⁹ restent soumis aux dispositions de 1998. La situation actuelle empêche ces Etats de disposer d'un instrument juridique actualisé dans un environnement médiatique en constante évolution, au risque d'entraîner des conflits de normes⁴⁰.

En 2014, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁴¹ a appelé à reprendre les travaux de révision de la Convention. La Commission européenne est toutefois restée inflexible et, en septembre 2014⁴², le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a répondu que :

« l'un des principaux résultats de la Convention européenne sur la télévision transfrontière a été de définir des normes juridiques contraignantes dans les relations entre les Etats membres et les non membres de l'Union européenne qui sont parties à la convention. Il considère que l'arrêt de la révision de la convention constitue de ce point de vue un sérieux pas en arrière mais il ne voit pas de possibilité de poursuivre ces travaux à l'heure actuelle, étant donné qu'il a été informé par la délégation de l'Union européenne que la plupart des questions couvertes par la convention relèvent de la compétence externe exclusive de l'Union »

³⁶ Protocole portant amendement à la Convention européenne sur la télévision transfrontière, Strasbourg, le 1^{er} octobre 1998, <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f2e4>.

³⁷ Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0036&from=en>.

³⁸ Pour un aperçu des questions examinées par le Comité permanent sur la télévision transfrontière, voir le rapport établi par Andreas Grünwald sur les options possibles pour le réexamen de la Convention européenne sur la Télévision transfrontière, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680594a61>. Il est clair que les discussions menées sous l'égide du Conseil de l'Europe à propos des différents types de services de médias et des nouveaux médias ont préparé le terrain pour la distinction retenue dans la Directive SMAV pour les services à la demande.

³⁹ Andorre, l'Arménie, l'Azerbaïdjan et Monaco sont membres du Conseil de l'Europe, mais ne sont pas Parties à la CETT.

⁴⁰ Dans sa proposition de directive portant modification de la Directive SMAV du 25 mai 2016, COM (2016) 287, la Commission européenne souligne que « [d]ans la mesure où certaines des dispositions de la directive SMAV en vigueur sont moins strictes que les règles de la convention, la mise en œuvre des dispositions de la directive SMAV par les Etats membres de l'UE qui sont parties à la convention pourrait déjà se traduire par des divergences entre les Etats membres de l'UE, selon qu'ils sont ou non parties à la convention, eu égard à leurs obligations internationales. Certaines des modifications contenues dans la présente proposition, qui introduiraient dans la directive SMAV de nouvelles règles moins strictes que les règles de la convention, pourraient avoir le même effet ». La Commission observe que « [e]n ce qui concerne les aspects visés par la directive SMAV, l'Union ayant acquis la compétence exclusive de conclure des accords internationaux, toute modification des obligations découlant de la convention nécessiterait une action de la part de l'Union ».

⁴¹ Recommandation 2036 (2014) de l'Assemblée parlementaire sur la révision de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, 31 janvier 2014, www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=20507&lang=en.

⁴² Réponse du Comité des Ministres à l'Assemblée parlementaire, 23 septembre 2014, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=21152&lang=FR>.



et que l'Union n'a pas l'intention de devenir partie à la convention. Le projet de convention révisée comprend en effet un certain nombre de dispositions qui ne sont pas nécessairement en conformité avec l'acquis communautaire, si bien que les Etats membres de l'Union européenne ne pourraient pas individuellement devenir parties à la convention révisée si celle-ci devait être adoptée ». Sur ce point, le Comité des Ministres a indiqué à l'Assemblée parlementaire qu'il « [n'avait] pas affecté de ressources aux travaux sur la convention ces trois dernières années et [qu'il ne voyait] pas de raison de revenir sur cette position à l'heure actuelle ».

2.1.3. Derniers développements au niveau du Conseil de l'Europe

En 2011, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une Recommandation sur une nouvelle conception des médias⁴³, qui préconise une approche graduelle et différenciée. Cette recommandation énonce un ensemble de critères destinés à identifier les services qui doivent être assimilés à des médias, ainsi que les indicateurs correspondants :

Tableau 2 : Critères et indicateurs des médias du Conseil de l'Europe

Critères	Indicateurs			
Intention d'agir comme un média	Se présenter comme un média	Méthodes de travail typiques d'un média	Respect des normes professionnelles des médias	Existence de dispositifs pour la communication de masse
Finalité et objectifs fondamentaux des médias	Produire, agréger ou diffuser du contenu de médias	Gérer des applications ou des plateformes conçues pour faciliter une communication de masse interactive	Avec une finalité qui répond aux objectifs fondamentaux des médias	Renouvellement et mise à jour périodique du contenu

⁴³ Recommandation CM/Rec(2011)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur une nouvelle conception des médias, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cc2ca. M. Karol Jakubowicz, le président, à l'époque, du Comité directeur sur les nouveaux services de communication (CDMC), a apporté une contribution déterminante à cette recommandation dans le cadre du discours qu'il avait rédigé pour la 1^{ère} Conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication, qui s'est tenue à Reykjavik les 28 et 29 mai 2009, www.cmfe.eu/docs/CoE_Reykjavik_Karol_Jakubowicz_Keynote.pdf. Voir K. Jakubowicz, « A new notion of media? Media and media-like content and activities on new communication services », Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2009, http://providus.lv/article_files/2119/original/Jakubowicz_-_New_Notion_Media.pdf?1343212306. Voir également T. McGonagle, « Conférence des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication », IRIS 2009-8/2, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2009/8/article2.fr.html>.



Contrôle éditorial	Politique éditoriale	Traitement éditorial	Approche équilibrée	Rédacteurs et journalistes	
Normes professionnelles	Engagement	Procédures de conformité	Procédures de réclamation	Revendication des prérogatives, droits ou privilèges des médias	
Portée et diffusion	Diffusion réelle	Communication de masse de groupe	Ressources pour assurer la portée		
Attentes du public	Disponibilité	Pluralisme et diversité	Fiabilité	Respect des normes professionnelles et éthiques	Transparence et responsabilité

Source : CM/Rec(2011)7 sur une nouvelle conception des médias

2.2. Le champ d'application de la Directive SMAV

2.2.1. Les objectifs de politique publique de la Directive SMAV

L'objectif primordial de la Directive SMAV consiste à créer un marché unique pour les services de médias audiovisuels, afin d'assurer la transparence et la prévisibilité et d'abaisser les barrières à l'entrée sur ces marchés, notamment en veillant au respect des principes fondamentaux du marché intérieur, tels que les exigences en matière de concurrence loyale et d'égalité de traitement. Cependant, les services de médias audiovisuels sont aussi bien culturels qu'économiques et revêtent, à ce titre, une importance croissante pour les sociétés, la démocratie, l'éducation et la culture. A ce propos, la directive vise également à poursuivre des finalités de politique publique dans le domaine de l'audiovisuel, qui sont clairement déclinées dans un certain nombre d'objectifs spécifiques parmi lesquels figurent le fait :

- d'assurer la liberté de l'information, la diversité d'opinion et le pluralisme des médias⁴⁴, ainsi que de préserver et de promouvoir la diversité des cultures européennes ;
- d'encourager l'activité et le développement de la production et de la distribution audiovisuelles européennes⁴⁵, ainsi que de stimuler de nouvelles sources de production télévisuelle, surtout par la création de petites et moyennes entreprises⁴⁶ ;
- de protéger les consommateurs (les téléspectateurs) et accroître leur autonomie, notamment les mineurs⁴⁷ et les personnes souffrant d'une déficience visuelle ou auditive⁴⁸, ainsi que de promouvoir l'éducation aux médias⁴⁹ ;

⁴⁴ Considérant 5 de la Directive SMAV.

⁴⁵ Considérant 66 de la Directive SMAV.

⁴⁶ Considérant 68 de la Directive SMAV.



- d'assurer un large accès du public aux retransmissions télévisées d'événements d'une importance majeure pour la société⁵⁰.

La Directive SMAV prévoit une harmonisation minimale de certains aspects de la législation nationale applicable aux services de médias audiovisuels. Les Etats membres ont ainsi la faculté d'appliquer aux fournisseurs qui relèvent de leur compétence des règles plus détaillées ou plus strictes dans les domaines coordonnés par la Directive SMAV, sous réserve que ces dispositions soient conformes aux principes généraux du droit de l'Union européenne⁵¹.

Il est clair que la principale justification de la réglementation des services de médias audiovisuels au niveau de l'Union européenne a été le marché intérieur, dont le principe du pays d'origine est un élément essentiel. En vertu de ce principe, que la Commission a conservé dans sa proposition, les fournisseurs de services de médias audiovisuels ont uniquement l'obligation de respecter la réglementation de l'Etat membre de la compétence duquel ils relèvent, mais ils peuvent exercer leurs activités dans l'ensemble des Etats membres. Cela n'interdit pas aux Etats membres d'établir des normes plus exigeantes à l'échelon national. Toutefois, l'Etat membre de réception dont la réglementation est plus stricte que les dispositions de la Directive SMAV ne peut restreindre la réception des services provenant d'un autre Etat membre en se fondant sur cette réglementation plus stricte. Ce principe souffre un certain nombre d'exceptions, dans les situations particulières définies par la Directive SMAV.

2.2.2. Les services relevant ou non du champ d'application de la Directive SMAV

La Directive SMAV s'applique aux fournisseurs établis dans les Etats membres de l'Union européenne qui assurent une responsabilité éditoriale et proposent des chaînes de télévision linéaires et des services de vidéo à la demande réputés offrir un contenu comparable à des programmes télévisuels radiodiffusés (comparable à de la télévision). La directive dresse dans son article 1 une liste de définitions qui précisent dans une certaine mesure son champ d'application. Les considérants de la directive expliquent plus précisément le sens de la définition d'un service de médias audiovisuels. L'article 1(1)(a) de la Directive SMAV définit un « service de médias audiovisuels » proposé par un fournisseur de services de médias audiovisuels⁵² comme l'un des deux services suivants :

« (i) un service tel que défini aux articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias et dont l'objet principal est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir

⁴⁷ Considérant 104 de la Directive SMAV.

⁴⁸ Considérant 46 de la Directive SMAV.

⁴⁹ Considérant 47 de la Directive SMAV.

⁵⁰ Considérant 49 de la Directive SMAV.

⁵¹ Il convient de noter que, dans le nouvel article 28 bis, alinéa 5, de la proposition de modification de la Directive SMAV du 25 mai 2016, COM (2016) 287, la Commission européenne étend le champ d'application de la Directive SMAV aux plateformes de partage de vidéos et prévoit une harmonisation maximale en ce qui concerne les fournisseurs de ces plateformes. Pour de plus amples informations sur le champ d'application, voir les paragraphes 2.2.3.8. et 2.2.4.3 de la présente publication.

⁵² L'article 1(1)(d) de la directive précise par ailleurs qu'un « fournisseur de services de médias » est la personne physique ou morale qui assume la responsabilité éditoriale du choix du contenu audiovisuel du service de médias audiovisuels et qui détermine la manière dont il est organisé. De plus, l'alinéa (e) définit par « radiodiffusion télévisuelle » ou « émission télévisée » un service de médias audiovisuels fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage simultané de programmes sur la base d'une grille de programmes ».



ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2, point a), de la Directive 2002/21/CE. Un service de médias audiovisuels est soit une émission télévisée au sens du point e) du présent paragraphe, soit un service de médias audiovisuels à la demande au sens du point g) du présent paragraphe ;

(ii) une communication commerciale audiovisuelle »⁵³.

L'approche neutre du point de vue technologique de la Directive SMAV signifie que les services identiques sont réglementés de la même manière quel que soit le dispositif à l'aide duquel ils sont visionnés. La Directive SMAV établit toutefois une distinction entre les services linéaires (programmes télévisés) et non linéaires (à la demande), au motif que les services à la demande supposent un degré beaucoup plus élevé de contrôle de la part de l'utilisateur, justifiant ainsi une réglementation moins stricte dans certains domaines. La Directive SMAV définit les services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires comme suit :

- une « émission télévisée » est un service de médias audiovisuels « fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage simultané de programmes sur la base d'une grille de programmes » (article 1(1)(e) de la Directive SMAV).
- un service de médias audiovisuels à la demande (c'est-à-dire un service de médias audiovisuels non linéaire) est un service « fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services de médias » (article 1(1)(g) de la Directive SMAV).

2.2.3. Les sept critères constitutifs d'un service de médias audiovisuels à la demande

La Directive SMAV ne donne aucune autre indication sur ce catalogue, ni sur ce qu'il faut entendre par « au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle ». Un service de médias audiovisuels est donc défini au moyen des sept critères cumulatifs suivants :

1. il doit être un service
2. le fournisseur du service exerce la responsabilité éditoriale
3. son objet principal est la fourniture de programmes
4. les programmes proposés sont « comparables à de la télévision »
5. ils ont pour but d'informer, de divertir ou d'éduquer
6. ils sont destinés au grand public
7. ils sont fournis par des réseaux de communications électroniques.

⁵³ La définition d'un service de médias audiovisuels donnée par la proposition de modification du 25 mai 2016 reste sensiblement la même, mais englobe également les éléments distincts d'un service : « un service tel que défini aux articles 56 et 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, pour lequel l'objet principal du service proprement dit ou d'une partie dissociable de ce service est la fourniture de programmes, sous la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2, point a), de la directive 2002/21/CE. Un service de médias audiovisuels est soit une émission télévisée au sens du point e) du présent paragraphe, soit un service de médias audiovisuels à la demande au sens du point g) du présent paragraphe » (l'italique a été ajouté).



2.2.3.1. Service

L'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) précise qu'un « service » est « normalement fourni contre rémunération ». Le considérant 21 de la Directive SMAV rappelle que cette définition s'applique à toute forme d'activité économique, y compris celle des entreprises de service public, mais exclut les activités dont la vocation première n'est pas économique et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle. Ainsi sont exclues les offres à la demande à caractère privé et sans dimension commerciale, comme les sites web privés et les blogs, ainsi que les contenus créés par des utilisateurs privés hébergés sur des plateformes spécifiques, telles que YouTube.

2.2.3.2. Responsabilité éditoriale

En vertu de l'article 1(1)(c), la « responsabilité éditoriale » implique, dans le cas des services de médias audiovisuels à la demande, l'exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation au sein d'un catalogue. Un « fournisseur de services de médias » est la personne physique ou morale qui assume la responsabilité éditoriale du choix du contenu audiovisuel du service de médias audiovisuels et qui détermine la manière dont il est organisé (article 1(1)(d)). Cette définition exclut les personnes physiques ou morales qui ne font que diffuser des programmes dont la responsabilité éditoriale incombe à des tiers, comme les plateformes proposant des contenus générés par les utilisateurs⁵⁴.

2.2.3.3. Objet principal d'un service

Le considérant 22 de la Directive SMAV précise la notion d' « objet principal » en excluant tous les services dont le contenu audiovisuel est secondaire et ne constitue pas la finalité principale. Il s'agit par exemple des sites web qui contiennent des éléments graphiques animés, de brefs spots publicitaires ou des informations concernant un produit ou un service non audiovisuel. Cette définition exclut les jeux de hasard qui visent au gain d'une somme d'argent, ainsi que les jeux en ligne et les moteurs de recherche, mais pas les émissions consacrées aux jeux d'argent ou de hasard. Est également exclue toute forme de correspondance privée, comme les courriers électroniques adressés à un nombre limité de destinataires.

2.2.3.4. La fourniture de programmes « comparables à de la télévision »

Selon l'article 1(1)(b) de la Directive SMAV, un « programme » se définit par :

« un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un fournisseur de services de médias et dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle. Un programme est, à titre d'exemple, un film long métrage, une manifestation sportive, une

⁵⁴ Considérant 26 de la Directive SMAV.



comédie de situation, un documentaire, un programme pour enfants ou une fiction originale »⁵⁵.

Le considérant 23 rappelle que le terme « audiovisuel » inclut les films muets mais écarte les services radiophoniques ou les autres formes de transmission audio. La définition englobe également les contenus écrits qui accompagnent les programmes, comme les services de sous-titrage et les guides électroniques de programmes, mais exclut les services textuels autonomes comme le télétexte.

Seuls les services de programmes « dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle » relèvent de la Directive SMAV. Le législateur européen entend limiter cette couverture aux seuls services de médias audiovisuels de radiodiffusion télévisuelle et à la demande « de type télévisuel », ce qui signifie « que, [...]s'adressant au même public, ils sont en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle et que, vu le type et le mode d'accès au service, l'utilisateur pourrait normalement s'attendre à bénéficier d'une protection réglementaire dans le cadre de la présente directive » (considérant 24 de la Directive SMAV). Il découle de ce considérant que la notion de « programme » doit être interprétée d'une manière dynamique qui tienne compte de l'évolution de la radiodiffusion télévisuelle, afin d'éviter les disparités en matière de libre circulation et de concurrence.

2.2.3.5. Pour informer, divertir ou éduquer

La Directive SMAV ne donne aucune ligne directrice quant à la définition de ces notions. Leur caractère flou et très général les rend pratiquement applicables à n'importe quel contenu audiovisuel.

2.2.3.6. Grand public

Selon le considérant 21, la Directive SMAV vise les services de médias audiovisuels (radiodiffusion télévisuelle et services à la demande) qui sont des « médias de masse », c'est-à-dire qui sont destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d'avoir sur elle un impact manifeste.

2.2.3.7. Les réseaux de communications électroniques

Ces réseaux sont définis à l'article 2(a) de la Directive 2002/21/CE⁵⁶ comme « les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen

⁵⁵ Dans la proposition de modification de la Commission du 25 mai 2016, la notion de service « comparable à de la télévision » est abrogée : « b) "programme" : un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un fournisseur de service de média, y compris des films longs métrages, des vidéos de courte durée, des manifestations sportives, des comédies de situation, des documentaires, des programmes pour enfants ou des fictions originales » (l'italique a été ajouté).

⁵⁶ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0021&from=EN>.



optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise ». Cette définition écarte certaines formes traditionnelles de distribution des œuvres audiovisuelles, telles que l'exploitation en salle ou la vente et la location de DVD et de disques Blu-ray (même à partir d'une plateforme internet).

2.2.4. Une réglementation dont la rigueur varie en fonction des services

Afin de parvenir à son objectif, la Directive SMAV a mis en place une approche réglementaire à deux niveaux⁵⁷ : d'une part, un ensemble de règles coordonnées communes applicables à tous les services de médias audiovisuels et, d'autre part, des règles plus strictes destinées aux services linéaires⁵⁸. Ce choix de dispositions plus souples en faveur des services de médias audiovisuels à la demande se justifiait au moment de l'adoption de la Directive SMAV par le contrôle et le choix que peuvent exercer les consommateurs lorsqu'ils utilisent ces services, ainsi que par leur impact différent sur la société. Cette différence de rigueur dans la réglementation semble toutefois s'atténuer dans la proposition de la Commission du 25 mai 2016.

2.2.4.1. Les règles communes applicables à l'ensemble des services de médias audiovisuels

Les règles communes applicables à l'ensemble des services de médias audiovisuels visent à éviter les distorsions en matière de concurrence, à renforcer la sécurité juridique, à contribuer à l'achèvement du marché intérieur et à faciliter l'émergence d'un espace unique de l'information. Ces règles, qui sont énoncées au chapitre III de la Directive SMAV, portent sur :

- l'obligation d'identification des fournisseurs de services de médias (article 5) ;
- l'interdiction de toute forme d'incitation à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité (article 6) ;
- le fait d'encourager les fournisseurs de services de médias à rendre leurs services accessibles aux personnes souffrant de déficiences visuelles ou auditives (article 7) ;
- l'interdiction de transmettre des œuvres cinématographiques en dehors des délais convenus avec les ayants droit ;
- des dispositions générales relatives aux communications commerciales audiovisuelles (article 9), au parrainage (article 10) et au placement de produit (article 11). Elles englobent également l'interdiction de la publicité clandestine, des techniques subliminales, de toute forme de discrimination, de la publicité en faveur du tabac ou de boissons alcoolisées destinée aux mineurs, de la publicité pour des médicaments ou traitements uniquement disponibles sur ordonnance, ainsi que de toute publicité susceptible d'encourager des

⁵⁷ Considérant 11 de la Directive SMAV.

⁵⁸ Voir S. Nikoltchev (sous la direction de), « Qu'est-ce qu'un service à la demande ? », IRIS Plus 2013-4, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2013,

http://www.obs.coe.int/documents/205595/264635/IRIS_plus_2013-4_text_EN_%28with_cover%29_BAT_optim.pdf/590f6689-b63f-4048-9c32-84d1dd9f5b68.



comportements préjudiciables à la santé ou à la sécurité, à la protection de l'environnement, ou de causer de préjudice physique ou moral aux mineurs. De même, une communication commerciale audiovisuelle doit être parfaitement identifiable comme telle et veiller au respect de la dignité humaine. Des codes déontologiques sur les aliments « mauvais pour la santé » doivent également être élaborés (article 9).

2.2.4.2. Des dispositions plus strictes applicables à la radiodiffusion télévisuelle

Les émissions de télévision sont tenues de se conformer à des dispositions plus strictes en matière de protection des mineurs (chapitre VIII de la Directive SMAV) et de promotion et distribution des programmes télévisés européens (chapitre VI de la Directive SMAV), alors que sur ces deux points, les services de médias audiovisuels à la demande bénéficient de règles « plus souples » (chapitre IV de la Directive SMAV).

Plus précisément, en ce qui concerne la protection des mineurs, la Directive SMAV impose des obligations distinctes à la radiodiffusion télévisuelle et aux services à la demande ; ainsi, un contenu « susceptible de nuire *gravement* à l'épanouissement [...] des mineurs » ne peut pas être radiodiffusé mais peut néanmoins être proposé à la demande, sous réserve que des contrôles d'accès soient prévus afin que « [...] les mineurs ne puissent normalement entendre ou voir » ces contenus. Un contenu « susceptible de nuire [...] » doit s'accompagner d'un contrôle d'accès pour être diffusé sur des services de radiodiffusion, mais il peut en revanche être diffusé sans restriction sur les services à la demande⁵⁹. Selon la proposition de modification de la Directive SMAV du 25 mai 2016, les dispositions applicables à la protection des mineurs font l'objet d'un nivellement par le haut pour ce qui est des services non linéaires et d'un nivellement par le bas pour les services linéaires, sous la notion commune de contenu « susceptible de nuire »⁶⁰.

Il n'existe à l'heure actuelle aucune règle commune sur la promotion des œuvres européennes qui soit applicable à l'ensemble des services de médias audiovisuels, mais des dispositions différentes qui s'appliquent d'une part aux services linéaires et d'autre part aux services non linéaires. En ce qui concerne les services linéaires, l'article 16 de la Directive SMAV indique que les Etats membres veillent, chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés, à ce que les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent à des œuvres européennes une proportion majoritaire de leur temps de diffusion, à l'exclusion du temps consacré aux informations, aux manifestations sportives, aux jeux, à la publicité, aux services de télétexte et au téléachat. L'article 17 de la Directive SMAV énonce que les radiodiffuseurs réservent au moins 10 % de leur temps d'antenne ou 10 % au moins de leur budget de programmation à des œuvres européennes de producteurs indépendants. L'article 18 de la Directive SMAV exonère quant à lui les radiodiffuseurs locaux de cette obligation. Ces dispositions restent les mêmes dans la proposition de modification de la Directive SMAV du 25 mai 2016.

⁵⁹ Voir F. J. Cabrera Blázquez, M. Cappello, A. Lépinard et S. Valais, « La protection des mineurs dans un paysage médiatique en pleine convergence », IRIS Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2015, <http://www.obs.coe.int/documents/205595/8261963/The+protection+of+minors+in+a+converged+media+environment.pdf>.

⁶⁰ Le nouvel article 12 qui figure dans la proposition de la Commission du 25 mai 2016, COM (2016) 287, dispose que : « Les Etats membres prennent les mesures appropriées pour que les programmes fournis par des fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence *qui pourraient nuire* à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ne soient mis à la disposition du public que dans des conditions telles que les mineurs ne puissent normalement pas les entendre ni les voir. Ces mesures peuvent comprendre le choix de l'heure de l'émission, l'utilisation d'outils permettant de vérifier l'âge ou d'autres mesures techniques. Ils sont proportionnés au préjudice que pourrait causer le programme.

La *plupart des contenus préjudiciables*, tels que la pornographie et la violence gratuite, font l'objet des mesures les plus strictes, comme le cryptage et l'emploi d'outils de contrôle parental performants » (l'italique a été ajouté).



Pour ce qui est des services non linéaires, l'article 13 de la Directive SMAV prévoit que les fournisseurs de services de médias audiovisuels à la demande promeuvent, lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés, la production d'œuvres européennes ainsi que l'accès à ces œuvres. Cette promotion pourrait se traduire par la contribution financière apportée par ces services à l'acquisition d'œuvres européennes, ou par la part et/ou la place importante réservée aux œuvres européennes dans le catalogue de programmes⁶¹. Dans la proposition de modification de la Directive SMAV du 25 mai 2016, la liberté de choix est remplacée par la double obligation suivante : les fournisseurs de services de médias doivent proposer une part de 20 % au moins d'œuvres européennes dans leur catalogue et s'assurer que celles-ci soient suffisamment mises en avant. Les Etats membres peuvent en outre imposer des contributions financières et cette possibilité est également étendue, sous certaines conditions, aux fournisseurs non linéaires qui ciblent ces Etats alors qu'ils sont établis dans un autre Etat membre⁶².

Les chaînes de télévision doivent par ailleurs respecter des dispositions spécifiques et des limites relatives au temps d'antenne consacré à la publicité et au téléachat⁶³.

En matière de publicité, notamment, l'article 19(1) de la Directive SMAV précise que la publicité télévisée doit non seulement être aisément identifiable, mais également se distinguer du contenu éditorial. En outre, un certain nombre de dispositions restrictives applicables à l'éventuelle insertion de publicité dans un programme télévisuel visent à garantir l'intégrité du programme audiovisuel concerné (article 20 de la Directive SMAV). La directive prévoit par ailleurs des règles plus détaillées sur la durée minimale des plages de téléachat et sur le temps alloué à la publicité. La proposition de modification de la Directive SMAV du 25 mai 2016 prévoit un certain assouplissement de ces dispositions, en remplaçant la limite horaire par une limitation journalière de 20 % de publicité entre 7 heures et 23 heures, en réduisant l'intervalle entre chaque plage publicitaire de 30 à 20 minutes et en autorisant le placement de produit de manière générale⁶⁴.

La proposition de modification de la Directive SMAV du 25 mai 2016 n'envisage aucune modification des dispositions relatives aux événements d'importance majeure pour la société, aux brefs reportages⁶⁵ et au droit de réponse⁶⁶, lesquelles s'appliquent uniquement aux services linéaires.

⁶¹ Voir C. Grece, A. Lange et S. Valais, « *The role of providers of VoD services and distribution platforms in the financing of film and audiovisual production* » (uniquement en anglais), partie IV, in C. Grece, A. Lange, A. Schneeberger et S. Valais, *The development of the European market for on-demand audiovisual services* (uniquement en anglais), Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2014, pages 243 et suivantes, http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?action=display&doc_id=9273. Voir également F. J. Cabrera Blázquez, M. Cappello, C. Grece et S. Valais, « La territorialité et son impact sur le financement des œuvres audiovisuelles, IRIS Plus », Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2015, <http://www.obs.coe.int/documents/205595/8261963/IRIS+plus+2015fr2.pdf>.

⁶² Le nouvel article 13 qui figure dans la proposition de la Commission du 25 mai 2016, COM (2016) 287, dispose que :

« Les Etats membres veillent à ce que les fournisseurs de services de médias audiovisuels à la demande relevant de leur compétence proposent une part d'au moins 20 % d'œuvres européennes dans leur catalogue et mettent ces œuvres en avant.

Les Etats membres peuvent exiger que les fournisseurs de services de médias audiovisuels à la demande relevant de leur compétence contribuent financièrement à la production d'œuvres européennes, notamment par des investissements directs dans des contenus et par des contributions à des fonds nationaux. Les Etats membres peuvent exiger que les fournisseurs de services de médias audiovisuels à la demande visant des publics sur leur territoire mais établis dans un autre Etat membre contribuent financièrement de la sorte. Dans ce cas, la contribution financière est fondée uniquement sur les recettes perçues dans les Etats membres ciblés. Si l'Etat membre dans lequel le fournisseur est établi impose une contribution financière, il tient compte de toutes les contributions financières imposées par des Etats membres ciblés. Toute contribution financière doit respecter le droit de l'Union, en particulier les règles relatives aux aides d'Etat ».

⁶³ Chapitre VII de la Directive SMAV.

⁶⁴ Voir les articles 11, 19, 20 et 23 de la proposition de la Commission du 25 mai 2016, COM (2016) 287.

⁶⁵ Chapitre V de la Directive SMAV.

⁶⁶ Chapitre IX de la Directive SMAV.



S'agissant des événements d'importance majeure pour la société, aucune règle commune n'est actuellement applicable à l'ensemble des services de médias audiovisuels. L'article 14 de la Directive SMAV, qui prévoit que les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de la compétence d'un Etat membre ne doivent pas retransmettre d'une manière exclusive des événements que cet Etat membre juge d'une importance majeure pour la société (lesquels sont énumérés dans une liste établie par chaque Etat membre), est uniquement applicable aux retransmissions télévisées, c'est-à-dire aux services linéaires.

2.3. Les points de jonction entre la Directive SMAV et d'autres cadres réglementaires

La Directive SMAV a sans nul doute plusieurs points de jonction avec des cadres réglementaires voisins. Les prochains paragraphes, qui visent à offrir un aperçu des définitions retenues dans les divers domaines de réglementation, ont pour seul objectif de rechercher d'éventuels points de jonction susceptibles d'avoir une incidence sur l'appréciation globale d'un service lorsqu'il y a lieu de déterminer s'il s'agit d'un service de médias audiovisuels.

2.3.1. La Directive SMAV et la directive sur le commerce électronique

Le fait d'englober les services audiovisuels disponibles à la demande dans le cadre juridique prévu par la Directive SMAV avait été considéré comme une avancée majeure lors de l'adoption de la directive en 2007. Cette intégration avait finalement permis de résoudre les points litigieux entre ces deux pans de la réglementation audiovisuelle, selon lesquels :

- la « radiodiffusion télévisuelle » relève du cadre réglementaire fixé par la Directive Télévision sans frontières (89/552/CEE),
- les services de « vidéo à la demande » sont pris en compte par la Directive sur le commerce électronique (2000/31/CE)⁶⁷, qui reprend la définition de « services de la société de l'information » énoncée par la Directive sur la transparence (2015/1535)⁶⁸.

Cette approche réglementaire à deux niveaux s'est traduite par des clauses de déconnexion qui distinguent clairement les deux cadres réglementaires : la radiodiffusion télévisuelle n'est pas assimilée à un service de la société de l'information, dans la mesure où elle n'est pas fournie à la suite d'une demande individuelle, alors que la VoD, qui est transmise de point à point, revêt quant à elle la qualité de service de la société de l'information. Cela signifie par ailleurs que, dans ces deux cas de figure, le principe du pays d'origine s'applique aux questions relatives aux contenus, comme la protection des mineurs, les atteintes à la dignité humaine ou le discours de haine, dans la mesure où la dérogation au principe du marché intérieur s'applique uniquement à la liste des exceptions énumérées dans l'annexe de la directive sur le commerce électronique, par exemple les infractions au droit d'auteur.

⁶⁷ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>.

⁶⁸ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32015L1535>.



Cette véritable double approche a pris fin en 2007 avec l'adoption de la Directive SMAV, qui englobait dans son champ d'application les services à la demande, tout en assouplissant la réglementation applicable à ces types de services, et indiquait expressément qu'en cas de conflit avec une disposition de la directive sur le commerce électronique, la Directive SMAV devait prévaloir. La nouvelle approche à deux niveaux se caractérise par la répartition réglementaire suivante :

- un service à la demande comparable à de la télévision et relevant de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de médias est réglementé par la Directive SMAV ;
- tous les autres contenus audiovisuels à la demande fournis par l'intermédiaire de services en ligne, comme les contenus hébergés par des plateformes de partage de vidéos en ligne ou par des intermédiaires, continuent à être assimilés à des services de la société de l'information et relèvent par conséquent de la directive sur le commerce électronique.

Comme l'offre de services audiovisuels s'est à présent développée dans de nombreuses directions et que les habitudes de consommation des téléspectateurs ont elles aussi évolué, les certitudes d'autrefois semblent s'estomper quant à la qualification des divers services. Le fait de relever du champ d'application de la Directive SMAV suppose également le respect d'un ensemble d'obligations que la directive sur le commerce électronique n'impose pas, comme la promotion des œuvres européennes et le contrôle *ex ante* des contenus afin de protéger les mineurs ou la dignité humaine ; tout ceci confère à l'ensemble de la question une dimension particulière et explique le caractère très animé de ce débat⁶⁹.

2.3.2. La Directive SMAV et la directive Satellite et câble

La possible extension du champ d'application de la directive Satellite et câble⁷⁰ à l'environnement en ligne fait également débat. Bien qu'elle concerne l'acquittement des droits d'auteur, la directive Satellite et câble vient toutefois compléter la Directive SMAV. Puisque l'on s'interroge actuellement sur l'éventuel élargissement de son champ d'application matériel, il pourrait être utile d'en rappeler les principaux points.

Dans son libellé actuel, inchangé depuis son adoption en 1993, cette directive s'applique exclusivement aux services linéaires, qu'il s'agisse d'une radiodiffusion par satellite ou d'une retransmission par câble. La consultation publique⁷¹ lancée au cours du second semestre 2015 portait sur l'éventuelle inclusion des services en ligne dans le champ d'application de la directive et concernait aussi bien les services de rattrapage que les services à la demande, en mentionnant expressément les répercussions, par exemple, de l'injection directe de la radiodiffusion terrestre dans un réseau câblé ou des transmissions par IPTV lorsque les évolutions technologiques dépassent le cadre réglementaire. L'absence de nouvelle définition dans le questionnaire de la consultation publique laisse penser que la Directive SMAV fait office de texte de référence en matière de « VoD ».

⁶⁹ Voir les points 2.2.3.8. et 2.2.4.3. pour de plus amples précisions sur le champ d'application de la Directive SMAV et le point 6.3. sur la proposition de modification de la Directive SMAV.

⁷⁰ Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31993L0083&from=EN>.

⁷¹ Consultation publique sur la révision de la Directive 93/83/CE Satellite et câble, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/consultation-review-eu-satellite-and-cable-directive>.



Il s'agit là de la seconde tentative de révision de la directive après la consultation publique de 2003, dont les résultats seront publiés au printemps 2016.

2.3.3. La Directive SMAV et le paquet « communications électroniques »

Le paquet « communications électroniques », tel que modifié en 2009⁷², n'a pas pris en compte l'environnement en ligne en matière de services audiovisuels, mais il s'est dans une certaine mesure retrouvé impliqué dans le domaine de l'audiovisuel au titre des dispositions relatives à l'obligation de diffusion mises en place pour les questions d'intérêt général énoncées par la directive cadre, ainsi que par la référence faite aux droits fondamentaux consacrés par la directive Service universel.

Dans la directive cadre modifiée⁷³, « la promotion de la diversité culturelle et linguistique ainsi que du pluralisme des médias, par exemple par la fourniture de services de radio et de télédiffusion », est énoncée à l'article 9 comme l'un des objectifs d'intérêt général susceptible d'inciter les Etats membre à opter pour la mise en place de restrictions applicables à la gestion des radiofréquences. Les services à la demande ou les contenus audiovisuels n'y sont toutefois pas mentionnés ; cette omission tient clairement au fait que le spectre radioélectrique ne permet pas l'utilisation de services interactifs.

Les médias n'y sont pas davantage mentionnés, mais la directive Service universel⁷⁴ révisée comporte plus généralement des dispositions relatives à l'accès aux services et applications des réseaux de communications électroniques. L'article 1(3) précise que : « *[I]es mesures nationales relatives à l'accès des utilisateurs finals aux services et applications, et à leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques respectent les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, y compris eu égard à la vie privée et au droit à un procès équitable, tel qu'il figure à l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Compte tenu d'un libellé aussi général, tout type de contenu audiovisuel est réputé être inclus.

En revanche, le règlement pour un marché unique des télécommunications⁷⁵, adopté fin 2015 et qui fixe les règles d'un accès à internet technologiquement neutre, mentionne le terme « contenu », sans toutefois en préciser le type. Ainsi, bien qu'il indique à son article 3 que : « *[I]es utilisateurs finals ont le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, d'utiliser et de fournir des applications et des services et d'utiliser les équipements terminaux de leur choix, quel que soit le lieu où se trouve l'utilisateur final ou le fournisseur, et quels que soient le lieu, l'origine ou la destination de l'information, du contenu, de l'application ou du service, par l'intermédiaire de leur service d'accès à l'internet* », le règlement ne donne aucune définition, ce qui laisse donc supposer qu'il s'applique à tout type de contenu audiovisuel.

⁷² Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0140&from=en>.

⁷³ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), version consolidée, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0021-20091219&from=EN>.

⁷⁴ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), version consolidée <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0022-20091219&from=EN>.

⁷⁵ Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R2120&from=EN>.



2.3.4. La Directive SMAV et la directive sur les pratiques commerciales déloyales

Afin de garantir aux consommateurs une meilleure protection en matière de communications commerciales, la directive sur les pratiques commerciales déloyales⁷⁶ a modifié en 2005 un ensemble de directives spécifiques à ce secteur, tout en conservant une clause de déconnexion qui précise qu'elle est sans préjudice de la Directive SMAV (plus exactement de la Directive TSF).

La directive énumère dans son annexe les pratiques commerciales qui par définition sont réputées déloyales et mentionne l'exemple particulièrement intéressant suivant : « *[u]tiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur (publi-reportage). Cette disposition s'entend sans préjudice de la directive 89/552/CEE* ». Il est ici question de « contenu éditorial » inclus dans le contenu commercial. La responsabilité du fournisseur, qui serait par ailleurs tenu de maintenir une distinction entre ces deux types de contenus en vertu de la Directive SMAV, n'est pas évoquée.

2.3.5. La Directive SMAV et la protection des consommateurs

Dans le cadre de son objectif d'harmonisation, la Directive SMAV s'intéresse à la catégorie spécifique de consommateurs que sont les téléspectateurs et il est par conséquent tout à fait naturel qu'il existe un certain nombre de recouvrements avec la réglementation applicable à la protection des consommateurs.

Les références les plus directes au secteur des médias incluses dans la directive relative aux droits des consommateurs sont les termes « contenu numérique » et « plateforme en ligne »⁷⁷.

L'article 2(11) précise expressément que « *[p]ar contenu numérique, on entend les données qui sont produites et fournies sous forme numérique* » et le considérant 19 mentionne à titre d'exemples « *les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes, que l'accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du streaming, depuis un support matériel ou par tout autre moyen* ».

Le texte ne définit pas les plateformes en ligne, mais elles sont mentionnées au considérant 20 : « *La notion de système organisé de vente ou de prestation de service à distance devrait inclure les systèmes proposés par un tiers autre que le professionnel mais utilisés par ce dernier, par exemple une plateforme en ligne* ». La référence à un tiers semble souligner la nature d'intermédiaire de la plateforme par rapport à l'opérateur, lequel est soumis au respect de la directive, mais aucune définition n'est donnée à ce propos.

⁷⁶ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&from=EN>.

⁷⁷ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN>.



La Directive SMAV (plus exactement la Directive TSF) est explicitement mentionnée par le règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs⁷⁸, qui précise qu'il « est sans préjudice de la législation communautaire relative aux services de radiodiffusion télévisuelle ». Les articles 10 à 21 de la Directive Télévision sans frontières, c'est-à-dire les dispositions relatives à la publicité, font partie intégrante du cadre réglementaire prévu en matière de coopération entre les services répressifs nationaux.

⁷⁸ Règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs (« règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs »), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004R2006&from=EN>.





3. Le cadre national

3.1. Exemples de transposition nationale

La plupart des Etats membres ont transposé de manière plus ou moins littérale les dispositions de la Directive SMAV⁷⁹. L'imprécision de ces dispositions a toutefois incité certaines autorités réglementaires nationales (ARN) à adopter des réglementations et à publier des lignes directrices et des recommandations afin d'expliquer leur interprétation des dispositions de la Directive SMAV.

Le présent chapitre nous offre cinq exemples de transposition nationale de la Directive SMAV (Royaume-Uni, Italie, Communauté française de Belgique, Slovaquie et Pays-Bas) et s'attache tout particulièrement aux textes réglementaires, lignes directrices et recommandations publiés par les autorités de régulation de ces pays. Ces exemples mettent en évidence la manière dont les législateurs et les régulateurs nationaux sont parvenus à compenser le caractère général des dispositions de la Directive SMAV et ont fait preuve d'une grande créativité en matière de législation. L'Italie a par exemple opté pour la mise en place d'un seuil fixé à 100 000 EUR, au-delà duquel un service est considéré comme un service à la demande, afin d'établir une distinction entre les services qui sont jugés être en concurrence avec la radiodiffusion traditionnelle et ceux qui ne le sont pas. La distinction faite par la Belgique entre des services à la demande fournis sur une plateforme ouverte et ceux proposés sur une plateforme fermée constitue un autre exemple d'une interprétation innovante des dispositions de la Directive SMAV. Il en va de même en ce qui concerne les aspects de la définition d'un service de médias audiovisuels mis en avant par certains régulateurs, par exemple la notion de « comparable à de la télévision » au Royaume-Uni et en Slovaquie.

3.1.1. Royaume-Uni

Jusqu'à très récemment encore, le Royaume-Uni disposait d'un système de corégulation particulièrement intéressant pour les services de médias audiovisuels non linéaires. Tout en conférant à l'Ofcom, le régulateur britannique des communications, les prérogatives nécessaires pour qu'il exerce un contrôle sur les services de programmes à la demande (ODPS), la loi relative aux communications de 2003 lui a également permis de déléguer certaines de ses fonctions à une autorité ad hoc de corégulation. Le 18 mars 2010, l'Ofcom a ainsi délégué un certain nombre de ses fonctions et compétences en matière de régulation des ODPS à l'Autorité pour la télévision à la

⁷⁹ Voir la base de données des services de médias audiovisuels de l'Observatoire, qui permet des recherches interactives dans les transpositions nationales de la Directive SMAV des 28 Etats membres de l'Union européenne, <http://avmsd.obs.coe.int/cgi-bin/search.php>.



demande (ATVOD), laquelle est devenue l'autorité britannique indépendante de corégulation des contenus éditoriaux des services de VoD qui relèvent de la définition légale des ODPS. Il revenait en principe à l'ATVOD de déterminer si un service relevait ou non de la définition légale d'un service de programmes à la demande, mais l'Ofcom conservait toutefois la possibilité de se prononcer en dernier ressort sur ce point ; les décisions de l'ATVOD étaient par conséquent susceptibles de recours devant l'Ofcom.

A la suite d'un recours dont il a été saisi, l'Ofcom a déclaré le 14 octobre 2015 qu'il agirait comme seul régulateur de ces services à compter du 1^{er} janvier 2016⁸⁰. L'Ofcom a en effet estimé que cette initiative renforcerait l'efficacité opérationnelle et permettrait à la réglementation des contenus éditoriaux de la VoD de se rapprocher de la réglementation en vigueur de l'Ofcom applicable aux contenus radiodiffusés. Les contenus publicitaires des services de vidéo à la demande continueront à faire l'objet d'une procédure de corégulation à laquelle prend part l'*Advertising Standards Authority* (l'Autorité des normes publicitaires - ASA).

3.1.1.1. Transposition en droit interne

L'article 368A(1) de la loi relative aux communications de 2003⁸¹ définit un « service de programmes à la demande » (ODPS) comme un service réunissant les caractéristiques suivantes :

- (a) son objet principal est la fourniture de programmes dont la forme et le contenu sont comparables à ceux des programmes normalement proposés par les services de programmes de télévision ;
- (b) l'accès à ces services se fait à la demande ;
- (c) la responsabilité éditoriale du service relève d'une personne physique ou morale ;
- (d) cette personne physique ou morale met ce service à disposition en vue d'une utilisation par le public ; et
- (e) cette personne physique ou morale relève de la compétence du Royaume-Uni au sens de la Directive Services de médias audiovisuels.

3.1.1.2. Le système de corégulation de l'ATVOD

En 2013, l'ATVOD a publié des lignes directrices⁸² pour permettre d'apprécier les types de services susceptibles de relever de la définition d'un service de programmes à la demande. Elles ont par ailleurs contribué à déterminer quelle personne devait être considérée comme le fournisseur d'un service donné. Elles n'avaient pas force de loi et donnaient uniquement des éléments d'interprétation non contraignants sur la manière dont l'ATVOD était susceptible d'appliquer la législation en la matière. Ces lignes directrices fournissent des éléments d'orientation sur la qualité

⁸⁰ Communiqué de presse de l'Ofcom du 14 octobre 2015 (en anglais), <http://media.ofcom.org.uk/news/2015/1520333/>.

⁸¹ Loi relative aux communications de 2003, telle que modifiée par le Règlement sur les services de médias audiovisuels de 2009, respectivement en vigueur depuis le 19 décembre 2009 et le 18 mars 2010, www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21.

⁸² ATVOD Guidance on who needs to notify - Application and Scope of the Regulations for Video On Demand (VOD) services. Edition 3.3. Publiées le 23 mai 2013. Voir également Ofcom, Procedures for the handling of appeals of ATVOD decisions in relation to what constitutes an On-Demand Programme Services, 1^{er} octobre 2013, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/tv-ops/vod/appeals-procedures.pdf>.



de « service de programmes à la demande » reconnue à un service au sens de l'article 368A de la loi et sur la notion de « responsabilité éditoriale » de ce même service au sens de l'article 368A(4) de la loi.

L'ATVOD précise qu'il convient de reconnaître à un service la qualité de service de programme à la demande dès lors qu'il satisfait aux critères suivants :

- a) il propose des services comparables à de la télévision ;
- b) il s'agit d'un service de VoD ;
- c) il existe une responsabilité éditoriale ;
- d) il est mis à la disposition du public.

Afin de déterminer si un programme était comparable à de la télévision, l'ATVOD avait estimé que toutes les informations pertinentes devaient être prises en compte, y compris le fait que des programmes similaires étaient proposés sur des services linéaires, ainsi que la nature du service dans son ensemble. Un programme ne pouvait être considéré comme comparable à de la télévision s'il se distinguait clairement des programmes habituellement proposés par les services télévisuels.

Un programme qui avait déjà fait l'objet d'une diffusion télévisuelle linéaire était généralement considéré comme comparable à de la télévision, sauf si sa diffusion présentait un caractère exceptionnel, mais il ne s'agissait pas d'une condition préalable pour qu'il soit assimilé à un programme « comparable à de la télévision ». Les programmes qui n'avaient pas fait l'objet d'une diffusion linéaire préalable, mais dont la forme et le contenu étaient similaires à ceux des programmes linéaires, étaient ainsi qualifiés de comparables à de la télévision, sauf si leur diffusion linéaire présentait un caractère exceptionnel. La durée du contenu audiovisuel d'un service ne constituait pas en soi un critère suffisant pour permettre de déterminer si le contenu était comparable à de la télévision (les clips vidéo satisfaisaient par exemple à ce critère).

S'agissant du caractère « à la demande » d'un service, l'ATVOD a tenu compte de toutes les informations disponibles, y compris par exemple la manière dont le service était commercialisé et présenté aux utilisateurs. L'« objet principal » du service était fondamental à cet égard, en particulier lorsqu'un service faisait partie d'une offre commerciale plus vaste. Ces services pouvaient être considérés comme des services à la demande autonomes s'ils étaient « regroupés dans un espace commun et présentés dans un catalogue de vidéos » (par exemple, un quotidien en ligne disposant d'un espace distinct sur son site internet destiné à la mise à disposition de programmes comparables à de la télévision et sans lien direct avec le quotidien). En revanche, il n'en était rien si le contenu audiovisuel faisait « partie intégrante et accessoire de l'offre globale » (c'est-à-dire si la vidéo était utilisée pour fournir une information complémentaire à un reportage écrit).

Le mode de mise à disposition est un autre aspect du critère de service « à la demande ». Par exemple, un DVD commandé en ligne et envoyé par la poste ne constituait pas un ODPS, alors que la sélection, le téléchargement et le visionnage d'un film sur internet, acheté au moyen d'un bon d'achat acquis dans un magasin, étaient quant à eux considérés comme des ODPS.

L'ATVOD a exclu les plateformes de contenus générés par les utilisateurs de la définition des ODPS du fait de l'absence de responsabilité éditoriale sur la sélection des programmes. Néanmoins, si ces plateformes étaient utilisées par des entités commerciales afin de distribuer certains contenus, les contenus en question étaient alors susceptibles de relever de la définition d'un ODPS⁸³.

⁸³ Voir paragraphe 5.2.2



Le critère de « grand public » englobait les services par abonnement, dès lors qu'un abonnement était proposé aux membres du public, ainsi que les services mis à la disposition du public d'une zone géographique donnée seulement.

L'ATVOD a dressé une liste non exhaustive des :

- types de services qui seront vraisemblablement qualifiés d'ODPS⁸⁴;
- types de services qui ne seront vraisemblablement pas qualifiés d'ODPS⁸⁵ ;
- types de services susceptibles de ne pas être considérés comme des ODPS, dans certaines circonstances particulières⁸⁶.

3.1.1.3. La fin de la corégulation à compter de 2016

Le 17 décembre 2015, l'Ofcom a publié un document de synthèse, « à l'attention des fournisseurs et des consommateurs de services de programmes à la demande (ODPS) », des dispositions applicables à compter du 1^{er} janvier 2016⁸⁷. Ce document tient également lieu de document de consultation sur deux propositions importantes ; la première concerne la mise en place de nouvelles procédures d'enquête sur les infractions aux dispositions applicables aux services de programmes à la demande,

⁸⁴ Types de services qui selon l'ATVOD devaient vraisemblablement être qualifiés d'ODPS :

- a) le « service de télévision de rattrapage » d'une chaîne de télévision, que les programmes soient mis à disposition sur le site internet propre du radiodiffuseur, sur un service en ligne agrégeant les contenus audiovisuels ou sur une « plateforme télévisée » au moyen d'un boîtier relié à la télévision (peu importe la technologie de VoD utilisée, « push » ou « pull ») ;
- b) un service de programmes d'archives composé de programmes télévisés moins récents issus d'une multitude de radiodiffuseurs et/ou sociétés de production, proposé par un agrégateur de contenus exerçant une « responsabilité éditoriale » sur l'ensemble des programmes, via un site dédié, un service en ligne agrégeant les contenus audiovisuels, ou sur une plateforme de télévision ;
- c) un service de films à la demande, fourni en ligne par un site internet ou utilisant une autre technique de distribution par un fournisseur exerçant une « responsabilité éditoriale » sur son contenu.

⁸⁵ Types de services qui selon l'ATVOD ne devaient vraisemblablement pas être qualifiés d'ODPS :

- a) les services qui sont essentiellement non économiques, et qui ne sont ainsi pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle (considérant 16 de la directive). Dans ce contexte, le terme « économique » est entendu dans son sens le plus large afin d'englober toutes les formes d'activité économique, quels que soient leurs modes de financement, et peut inclure des éléments de service public, des contenus gratuits ou financés par de la publicité, des abonnements, des paiements à l'acte ou d'autres types de transactions économiques ;
- b) des services proposant des contenus audiovisuels qui ne sont pas « des médias de masse au sens de l'objectif d'informer, de divertir et d'éduquer le grand public » (considérant 18 de la directive) ;
- c) « les jeux de hasard dans lesquels une somme d'argent est mise en jeu, y compris les loteries, les paris et d'autres formes de jeux de hasards », les « jeux en ligne » et les « moteurs de recherche », qui sont tous exclus dans la mesure où leur objet principal n'est pas la fourniture de programmes « comparables à de la télévision » (considérant 18 de la directive) ;
- d) les versions électroniques des journaux et magazines (écartant tous les ODPS proposés par les journaux et magazines) (considérant 21 de la directive).

⁸⁶ Types de services qui selon l'ATVOD sont susceptibles de ne pas être considérés comme des ODPS, dans certaines circonstances particulières :

- a) les contenus vidéo mis en ligne par des personnes privées sur des sites de partage de vidéos (lorsque le contenu a été généré par l'utilisateur lui-même et qu'il n'est pas mis en ligne dans le cadre d'une activité « économique ») ;
- b) les contenus vidéo produits par des organismes professionnels, des syndicats, des partis politiques ou des organisations religieuses, lorsque le contenu vise uniquement et essentiellement à informer les membres de l'organisation, plutôt que le grand public ;
- c) les contenus vidéo intégrés à un article écrit, comme des reportages ou actualités sur un site proposant une vidéo à des fins d'illustration ;
- d) les contenus vidéo des sites internet des entreprises, lorsque l'objectif est de diffuser une information sur les activités, produits ou performances propres de l'entreprise (par exemple, la vidéo d'une assemblée générale annuelle, mais pas un service au sens propre qui fournirait un accès à plusieurs enregistrements d'assemblées générales sur une base commerciale, qui pourrait alors être considéré comme un ODPS).

⁸⁷ Ofcom, *Future regulation of on-demand programme services* (en anglais), 17 décembre 2015,

http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/vod_procedures/summary/Future_regulation_of_on-demand_programme_services.pdf.

http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/vod_procedures/summary/Future_regulation_of_on-demand_programme_services.pdf.



qui remplaceraient les procédures provisoires en matière d'infraction et s'aligneraient davantage sur le traitement de la radiodiffusion télévisuelle linéaire et, la seconde, porte sur le fait de ne pas imposer de redevance sur la base de l'article 358A de la loi. Ce document indique clairement dès le début que le cadre législatif pour la réglementation des ODPS n'a pas été modifié et que l'Ofcom ne se voit conférer aucune autre fonction du fait de la disparition de l'ATVOD.

L'Ofcom a également publié un document qui donne des éléments d'orientation sur les services qui doivent notifier un ODPS⁸⁸. Ce document s'inspire pour l'essentiel des précédentes lignes directrices de l'ATVOD. L'Ofcom a supprimé les renvois à divers précédents cas de figure, actualisé les références et apporté quelques légères modifications par souci de clarté et de précision. Ces modifications n'ont toutefois rien changé à l'interprétation retenue par l'Ofcom quant aux entités tenues de notifier un service de programmes à la demande. D'autres modifications portaient sur un nouveau formulaire de notification des ODPS, de nouveaux éléments d'orientation sur la procédure de notification, des conseils prodigués sur le site web de l'Ofcom aux personnes souhaitant se plaindre d'un service de vidéo à la demande, ainsi que des mises à jour non matérielles relatives au document existant de l'Ofcom sur les procédures de sanctions applicables aux ODPS.

3.1.2. Italie

La Directive SMAV a été transposée en droit italien par le décret-loi n° 44/2010 (ci-après le « décret »)⁸⁹. Ce décret reprend mot pour mot la définition des services de médias audiovisuels à la demande de la directive. Le 25 novembre 2010, l'*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* (Autorité italienne des communications – AGCOM) a adopté un règlement relatif à l'autorisation des services de médias audiovisuels non linéaires (Délibération n° 607/10/CONS), qui précise la manière dont l'AGCOM interprète les dispositions du décret⁹⁰.

Selon le règlement de l'AGCOM, l'autorisation de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande se limite aux catalogues accessibles au grand public, excluant ainsi les services de la télévision de rattrapage proposés par des fournisseurs de services de médias audiovisuels linéaires déjà autorisés ou les contenus qui ne figurent pas sur un catalogue accessible au grand public de manière autonome, mais qui font partie d'un catalogue général déjà proposé et autorisé. Ces deux types de services sont jugés accessoires par rapport aux services déjà autorisés et ne nécessitent par conséquent pas de nouvelle autorisation.

En dehors des activités mentionnées par la directive qui ne peuvent relever de son champ d'application⁹¹, le règlement de l'AGCOM précise que seuls les services dont les recettes annuelles

⁸⁸ Ofcom, Who Needs to Notify - Guidance notes on who needs to notify an on-demand programme service to Ofcom (en anglais), 18 décembre 2015,

http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/on-demand/rules-guidance/Guidance_on_who_needs_to_notify.pdf.

⁸⁹ Decreto Legislativo 15 marzo 2010, n. 44 « Attuazione della direttiva 2007/65/CE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive », publié au Journal officiel n° 73 du 29 mars 2010, www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10044dl.htm.

⁹⁰ Délibération de l'AGCOM n° 607/10/CONS, Regolamento in materia di fornitura di servizi di media audiovisivi a richiesta ai sensi dell'articolo 22-bis del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnlodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=columm-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_assetEntryId=854396&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_type=document.

⁹¹ Types de services qui selon l'AGCOM ne peuvent être qualifiés de services de médias audiovisuels à la demande :

- toute forme de correspondance privée, comme les courriers électroniques adressés à un nombre limité de destinataires ;



sont supérieures à 100 000 EUR sont considérés comme des services de médias audiovisuels à la demande. La mise en place de ce seuil vise à déterminer par hypothèse quelle activité économique est véritablement en concurrence avec la radiodiffusion. Seuls les revenus provenant d'activités propres à la télévision sont pris en compte. Il s'agit :

- de tous les revenus, à l'exclusion des remises et frais d'agence, tirés des communications commerciales, notamment la publicité, le parrainage, le téléachat et le placement de produit ;
- des revenus de la redevance audiovisuelle ;
- des revenus provenant des abonnements à la télévision payante ou des paiements à l'acte.

En 2014, l'AGCOM a lancé une consultation publique⁹² sur d'éventuelles modifications de la réglementation applicable à la VoD, qui visait principalement à supprimer le seuil des 100 000 EUR de chiffre d'affaires annuel. La raison invoquée pour justifier cette proposition de modification tenait au fait que le marché de la VoD en Italie n'en était plus à ses débuts. Ces modifications avaient également pour objectif de préciser que les dispositions essentielles du règlement s'appliquent à l'ensemble des fournisseurs de services de médias audiovisuels, qu'ils soient titulaires ou non d'une autorisation. Aucune modification n'a été officiellement adoptée au moment de la présente publication.

3.1.3. Belgique (Communauté française)

En Communauté française de Belgique, la Directive SMAV est mise en œuvre par le décret coordonné sur les services de médias audiovisuels (ci-après « le décret »)⁹³. En mars 2012, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) belge, en sa qualité d'autorité de régulation nationale responsable de la régulation du secteur audiovisuel en Communauté française de Belgique, a publié une Recommandation relative au périmètre de la régulation des services de médias audiovisuels⁹⁴.

-
- tous les services dont l'objet principal n'est pas la fourniture de programmes, c'est-à-dire sur lesquels le contenu audiovisuel est purement accessoire et n'est pas l'objet principal du service ;
 - toutes les activités qui sont essentiellement non économiques et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle ;
 - les services basés sur le téléchargement de contenus audiovisuels générés par des utilisateurs privés, tant que le fournisseur de services de médias n'exerce pas de responsabilité éditoriale sur la sélection des contenus, mais qu'il se contente d'agrèger les contenus audiovisuels générés par des utilisateurs privés en vue d'échanges et de partage au sein d'une communauté d'intérêts ;
 - les catalogues à la demande composés uniquement de programmes déjà proposés en mode linéaire, tels que la télévision de rattrapage ou des services d'archives, et les catalogues qui ne sont pas accessibles au grand public de manière autonome, tels que ceux intégrés à un catalogue accessible uniquement à partir d'un bouquet proposé par un fournisseur différent ;
 - les versions en ligne et électroniques des journaux et des magazines, les sites internet qui proposent des éléments audiovisuels de manière accessoire, tels que des éléments graphiques animés, de brefs spots publicitaires ou des informations concernant un produit ou un service non audiovisuel, les jeux de hasard pour lesquels une somme est en jeu, notamment les loteries, les paris et les autres formes de jeux de hasard, ainsi que les jeux en ligne et les moteurs de recherche, mais pas les émissions consacrées aux jeux d'argent ou de hasard.

⁹² Delibera n. 152/14/CONS, consultazione pubblica sullo schema di modifiche e integrazioni al regolamento in materia di fornitura di servizi di media audiovisivi a richiesta di cui alla delibera n. 607/10/CONS, www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnlodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=colum-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_assetEntryId=1421492&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_type=document.

⁹³ Une version consolidée du texte est disponible sur : www.csa.be/documents/1440.

⁹⁴ Recommandation relative au périmètre de la régulation des services de médias audiovisuels,



La distinction faite entre les services de médias audiovisuels fournis sur une plateforme ouverte et ceux proposés sur une plateforme de distribution fermée⁹⁵ constitue l'innovation réglementaire la plus intéressante mise en place par le décret. Une plateforme ouverte est librement accessible, par exemple sur internet, alors qu'une plateforme fermée est accessible uniquement avec l'accord du distributeur de la plateforme en question, comme c'est le cas pour les réseaux câblés. Les services proposés par l'intermédiaire d'une plateforme ouverte sont réglementés de manière moins stricte que ceux mis à disposition par des plateformes fermées. La recommandation donne des orientations quant aux activités réputées être de nature économique. La notion de rémunération s'entend au sens large, comme toute « contrepartie », et ne se limite donc pas aux transactions pécuniaires (la rémunération se caractérise également par un service fourni en échange d'une contrepartie). La recommandation précise les personnes physiques et morales pouvant fournir une telle rémunération⁹⁶ et, lorsque cette rémunération n'est pas clairement établie, le service peut être considéré comme un service de médias audiovisuels s'il a pour ambition de faire concurrence à d'autres services de médias audiovisuels.

En ce qui concerne le critère de « responsabilité éditoriale », la recommandation fournit une liste des services pour lesquels le CSA présume, en principe, l'absence de toute responsabilité éditoriale⁹⁷. Lorsqu'il est question de services « hybrides », à savoir qui mettent à disposition des contenus à la fois audiovisuels et non audiovisuels, le CSA tient compte de la proportion de contenus audiovisuels (ce critère ne sera pris en considération que lorsque le contenu audiovisuel est clairement prépondérant), de l'ergonomie du service (c'est-à-dire la manière dont le contenu est présenté, notamment lorsque certains contenus sont privilégiés dans leur présentation) et de la finalité du service (à savoir son modèle commercial ou son cœur d'activité). Pour ce qui est du critère de « média de masse », le CSA avance que le nombre d'utilisateurs réels du service n'a pas d'effet sur sa classification comme service de médias audiovisuels ; ce qui importe est plutôt le nombre d'utilisateurs potentiels, l'intention du fournisseur d'offrir ce service au grand public et son ambition de faire concurrence aux autres services de médias audiovisuels. Un service sera donc considéré comme visant le grand public sur la base de son contenu et de son mode de distribution (par exemple, des services accessibles via un code/décodeur que tout un chacun peut obtenir en s'inscrivant et/ou en s'acquittant d'un paiement).

<http://csa.be/documents/1713>.

⁹⁵ Le décret définit une plateforme de distribution fermée comme « une plateforme de distribution de services de médias audiovisuels, dont l'accès par un éditeur de services nécessite un accord préalable du distributeur de services responsable de cette plateforme. Dans le cas où l'éditeur de services est son propre distributeur, les services de médias audiovisuels qu'il édite et distribue sont considérés comme étant fournis par le biais d'une plateforme de distribution fermée si l'accès au réseau de communications électroniques nécessite un accord préalable de l'opérateur de réseau ou l'obtention d'une capacité sur des réseaux hertziens ».

⁹⁶ Le public, en s'acquittant d'un abonnement ou d'un paiement à l'acte ou en fournissant des données personnelles susceptibles d'être exploitées par le fournisseur de service ; les annonceurs, en achetant de l'espace publicitaire (publicité, parrainage, téléachat ou placement de produit) ; les donateurs et les fans, en fournissant des fonds pour la production ou la diffusion d'une œuvre audiovisuelle ; le gouvernement, en finançant les médias de service public.

⁹⁷ Types de services qui selon le CSA belge n'exercent pas de responsabilité éditoriale :

- les plateformes de contenus générés par les utilisateurs (par exemple YouTube ou Dailymotion) dans la mesure où celles-ci se contentent d'exercer un contrôle a posteriori. Néanmoins, une plateforme ne propose pas forcément un seul service, et lorsque celle-ci fournit des services qui forment un catalogue de contenus cohérent et autonome, sélectionnés et organisés par l'éditeur (par exemple les chaînes apparentées à une entreprise hébergées par YouTube), ces services peuvent être considérés comme des services de médias audiovisuels à la demande.
- Les services proposant une base de données de VoD accessible par un moteur de recherche (par exemple Google vidéos).
- Les services proposant une retransmission vidéo et audio simultanée et non modifiée, sans intervention éditoriale (par exemple la retransmission d'images de vidéosurveillance).



Le CSA interprète la notion de « programme » au sens large. Un contenu audiovisuel ne devrait pas être qualifié de programme s'il ne vise pas le grand public (comme les vidéos de vacances privées ou des vidéos réalisées à des fins de formation au sein d'une entreprise)⁹⁸.

3.1.4. La Slovaquie

La Directive SMAV a été transposée en droit slovaque au moyen de la modification n° 498/2009 Rec⁹⁹ apportée à la loi n° 308/2000 Rec. relative à la radiodiffusion et la retransmission (ci-après « la loi »)¹⁰⁰.

Les définitions sont très proches de celles de la directive, mais la loi ne contient pas de définition du service de médias audiovisuels mais plutôt deux notions distinctes : « le service de médias audiovisuels à la demande » et le « service de programmes » (ce dernier correspondant à la définition d'un service de médias audiovisuels linéaire). La loi définit un service de médias audiovisuels à la demande dans son article 3(b) comme « un service de nature essentiellement économique pour le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et à sa demande individuelle, fourni par des réseaux de communications électroniques sur la base d'un catalogue de programmes sélectionné par le fournisseur de service, dont l'objet principal est la fourniture de services de télévision en vue d'informer, de divertir et d'éduquer le grand public ; la fourniture d'enregistrements radio n'est pas considérée comme un service de médias audiovisuels à la demande ».

Le Conseil de la radiodiffusion et de la retransmission de la République slovaque (le Conseil) a publié des lignes directrices relatives au champ d'application de la Directive SMAV¹⁰¹.

Le critère de « service de nature essentiellement économique » a été utilisé à de nombreuses occasions. Par exemple, deux services proposés en ligne étaient exploités et gérés par des universités. Le Conseil avait alors conclu que ces dernières avaient effectivement perçu des versements ponctuels de sociétés commerciales mais qu'elles ne relevaient pas pour autant du champ d'application de la loi. Cette décision tient principalement au fait que ces services avaient à l'évidence été créés dans le but d'offrir des opportunités aux étudiants et de leur proposer des contenus spécifiques et non pas avec l'intention d'en retirer un quelconque avantage économique. En outre, certains services intégralement financés par des fonds européens ont également été exclus du champ d'application de la loi, en précisant toutefois que ces services pourraient retomber dans le champ d'application de la loi s'ils prenaient à l'avenir une dimension économique, notamment au moyen de la publicité.

⁹⁸ En ce qui concerne les fournisseurs qui offrent une déclinaison des mêmes contenus par différents moyens de transmission, la recommandation prévoit les règles suivantes :

- si le contenu est proposé à la fois en mode linéaire et non linéaire, deux services distincts seront pris en compte.
- si une déclinaison est diffusée sur une plateforme ouverte et l'autre sur une plateforme fermée, on retiendra également deux services distincts.
- si les services sont essentiellement les mêmes en dehors de leur mode de diffusion, les deux déclinaisons pourraient être considérées comme un service unique (par exemple une application pour smartphones d'une part et pour tablette d'autre part).

⁹⁹ Zákon č. 498/2009 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 308/2000 Z. z. o vysielaní a retransmisii a o zmene zákona č. 195/2000 Z. z. o telekomunikáciách v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

¹⁰⁰ Zákon č. 308 zo 14. septembra 2000 o vysielaní a retransmisii a o zmene zákona č. 195/2000 Z. z. o telekomunikáciách. Une version consolidée du texte est disponible sur : <http://www.culture.gov.sk/legdoc/11/>.

¹⁰¹ Rozsah posobnosti zakona č. 308/2000 Z. z. v súvislosti so zmenami zakona účinnými od 15. decembra 2009, <http://tinyurl.com/3egura2>.



Le Conseil a appliqué le critère de « responsabilité éditoriale » à l'égard des services de contenus générés par les utilisateurs lorsqu'il a été amené à se prononcer sur quelques services très particuliers dont les fournisseurs prétendaient que le contenu avait été ajouté par les utilisateurs eux-mêmes. Certaines indications laissaient toutefois penser que le fournisseur concerné « adaptait » son service en ajoutant lui-même un certain nombre de contenus. Le Conseil avait cependant décidé de ne pas agir en l'absence d'éléments de preuve irréfutables qu'un grand nombre de contenus avaient été directement ajoutés par le fournisseur du service lui-même. Quant au fait de déterminer qui exerce la responsabilité éditoriale lorsque les responsabilités de sélection et d'organisation des contenus ne relèvent pas de la même personne physique ou morale, le Conseil privilégie davantage la « sélection » du contenu que son « organisation ». Il estime en effet que la sélection est le préalable à toute forme d'organisation. Il est en revanche possible qu'un service à la demande ne soit pas à proprement parlé « organisé ».

Le principal défi qui s'est à ce jour posé au Conseil concernait les sections vidéo des éditions en lignes de quotidiens¹⁰². Au cours de la première période d'évaluation de ces « sections vidéo », le Conseil a constaté que la plupart d'entre elles étaient rudimentaires et non professionnelles, qu'elles avaient une forte corrélation avec le sujet journalistique et que le texte d'accompagnement et la section « vidéo » donnaient généralement uniquement à l'utilisateur la possibilité de trouver toutes les vidéos dans un seul et même endroit (ce qui signifie que les vidéos étaient normalement placés dans l'article lui-même). Par conséquent, aucune version électronique de quotidiens n'a été qualifiée de service à la demande. De forts doutes persistaient toutefois au sujet de la section télévision du portail d'actualités www.sme.sk, qui était très probablement un cas bien plus particulier¹⁰³.

3.1.5. Les Pays-Bas

Aux Pays-Bas, la loi du 10 décembre 2009 relative à la mise en œuvre de la Directive SMAV, portant modification de la loi relative aux médias de 2008 et de la loi relative aux produits du tabac, a transposé la Directive SMAV en droit néerlandais¹⁰⁴.

L'article 1.1, paragraphe 1, de la loi relative aux médias de 2008 définit un service de médias audiovisuels à la demande comme un « service de médias consistant en une offre de médias fournie sur demande individuelle et pouvant être visionnée au moment choisi librement par l'utilisateur ». Un service de médias audiovisuels à la demande doit répondre aux critères suivants :

- il est distribué via un réseau public de communications électroniques ;
- il repose sur un catalogue ;

¹⁰² Types d'évaluations en fonction desquels le Conseil slovaque reconnaît aux sections de quotidiens la qualité de services de médias audiovisuels :

- comment la section est-elle organisée ? Le fournisseur la présente-t-il comme un service indépendant ou apparaît-elle comme une partie intégrante de la version électronique du quotidien dans son ensemble ?
- quel est le lien entre la vidéo et le texte ? Accompagne-t-elle un article écrit ? Illustre-t-elle seulement les faits rapportés dans l'article ou présente-t-elle des faits nouveaux, auxquels l'utilisateur n'a accès que par le biais de la vidéo ?
- quelle est la nature des vidéos ? Leur contenu reflète-t-il des thématiques journalistiques traditionnelles ? Dans quelle mesure semblent-elles professionnelles pour l'utilisateur (ses auteurs, présentateurs, ou animateurs s'identifient-ils au service – en recourant à des logos, des micros ou des équipements aux couleurs du service etc.) ?
- existe-t-il une section spécifique pour ces vidéos ? Si oui, cette section rassemble-t-elle simplement les vidéos de toutes les autres sections ou existe-t-il des vidéos uniquement accessibles par l'intermédiaire de cette section spécifique ?

¹⁰³ Voir le paragraphe 5.2.1.2. de la présente publication.

¹⁰⁴ Wet van 10 december 2009 tot wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2009-552.html>.



- il se compose de vidéos et son objet principal est de proposer des vidéos ;
- il relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur (pour ce qui est de la sélection et de l'organisation des contenus vidéo);
- il a un caractère de média de masse ;
- il peut être considéré comme un service économique.

En septembre 2011, le *Commissariaat voor de Media* (Autorité néerlandaise des médias – CvdM) a publié un règlement contenant des lignes directrices sur la définition d'un « service commercial de médias à la demande » au sens de la loi néerlandaise relative aux médias¹⁰⁵. Le CvdM ne se focalise pas sur le caractère « comparable à de la télévision » du service à la demande et utilise le terme « vidéo » plutôt que « programme »¹⁰⁶. En ce qui concerne le critère d'« objet principal », le CvdM prend en considération les fonctionnalités et la présentation d'un service, ainsi que son importance lorsqu'il est question de services hybrides¹⁰⁷. Il estime par ailleurs que les services audiovisuels proposés par des personnes privées ne constituent pas des services économiques, sauf lorsqu'ils sont fournis contre une rémunération ou qu'ils présentent clairement un caractère commercial.

3.2. Evaluation par la Communauté européenne de l'application nationale de la Directive SMAV

Conformément à l'article 33 de la Directive SMAV, la Commission est invitée à soumettre périodiquement au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport relatif à l'application de la directive.

Le premier rapport relatif à l'application de la Directive SMAV pour la période 2009-2010 a été publié en mai 2012¹⁰⁸. Il analysait rétrospectivement la mise en œuvre de la Directive SMAV, y compris des questions relatives à l'efficacité des dispositions qualitatives applicables à la publicité, dans un secteur où l'offre de programmes et les réactions des consommateurs à l'égard de la publicité sont en pleine mutation. Le rapport a révélé que des progrès restaient à accomplir et que des moyens plus efficaces étaient nécessaires. Il examinait également l'incidence que pourraient avoir des innovations technologiques importantes sur le cadre réglementaire dans un contexte de convergence et annonçait la publication en 2013 d'une communication interprétative de la Commission sur certaines dispositions applicables à la publicité télévisée, ainsi qu'une consultation publique sur la télévision connectée¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Regeling van het Commissariaat voor de Media van 22 september 2011 houdende beleidsregels omtrent de classificatie van commerciële mediadiensten op aanvraag zoals bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, van de Mediawet 2008 (Beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2011), <http://www.cvdM.nl/wp-content/uploads/2013/08/Beleidsregels-classificatie-commerci%C3%ABle-mediadiensten-op-aanvraag-2011.pdf>.

¹⁰⁶ Cela s'explique du fait que le terme de programme est employé dans la loi relative aux médias de 2008 pour désigner les services de radiodiffusion télévisée. La principale différence entre les notions de « vidéo » et de « programme » est que la vidéo est proposée au sein d'un catalogue, tandis que le programme s'inscrit dans une grille de programmes.

¹⁰⁷ Le CvdM qualifie par exemple le service de vidéo autonome d'un quotidien de service de médias audiovisuels à la demande dès lors qu'il satisfait à l'ensemble des critères de la définition.

¹⁰⁸ Commission européenne, Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relatif à l'application de la Directive 2010/13/UE (Directive « Services de médias audiovisuels ») Services de médias audiovisuels et dispositifs connectés : perspectives passées et futures, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012DC0203&from=FR>.

¹⁰⁹ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/node/51287#gp-audiovisual>.



Pour ce qui est des services de radiodiffusion, la Commission est également tenue d'établir tous les deux ans un rapport sur l'application des dispositions relatives aux œuvres européennes et aux productions indépendantes sur la base des données statistiques fournies par les Etats membres (articles 16 et 17 de la Directive SMAV)¹¹⁰. En matière de promotion des œuvres européennes dans les services à la demande de l'Union européenne (article 13 de la Directive SMAV), la Commission doit établir un rapport tous les quatre ans.

En 2012, la Commission a publié son premier rapport sur l'application des articles 13, 16 et 17 de la Directive SMAV pour la période 2009-2010, qui portait sur la promotion des œuvres européennes sur les services télévisuels et à la demande de l'Union européenne¹¹¹. Le document indiquait que la plupart des Etats membres s'étaient conformés aux dispositions applicables à la promotion des œuvres européennes et que la proportion d'œuvres européennes disponibles sur les services aussi bien télévisuels qu'à la demande était plutôt satisfaisante, mais il convient toutefois de noter qu'au cours de la période de référence, l'état de développement du marché des services à la demande était encore très inégal au sein de l'Union européenne¹¹². Le rapport a en outre permis de constater que la majorité des œuvres européennes ayant bénéficié d'une promotion nationale sur la télévision et les services à la demande étaient des œuvres nationales et a par ailleurs souligné que la proportion de productions indépendantes diffusées à la télévision était en baisse.

La Commission a d'ores et déjà annoncé que le deuxième rapport sur l'application des articles 16 et 17 de la Directive SMAV, ainsi que le rapport biennal, seront englobés dans le programme REFIT et figureront par conséquent dans la conclusion finale du programme REFIT.

¹¹⁰ En juillet 2011, la Commission a publié des lignes directrices révisées destinées à aider les Etats membres à exercer un suivi de la mise en œuvre des articles 16 et 17 de la directive. Ces lignes directrices ont été élaborées dans le cadre du « comité de contact » institué par l'article 29 de la Directive SMAV. Elles visent à clarifier certaines définitions et ainsi éviter toute divergence d'interprétation susceptible de se traduire par des mises en œuvre différentes de la Directive SMAV, disponible sur : http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=6384.

¹¹¹ Commission européenne, Premier rapport relatif à l'application des articles 13, 16 et 17 de la directive 2010/13/UE au cours de la période 2009-2010, Promotion des œuvres européennes dans les services de médias audiovisuels linéaires et à la demande dans l'Union européenne, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012DC0522&from=EN>.

¹¹² Selon la Commission européenne, neuf rapports nationaux ne contenaient aucune information en raison de délais de transposition de la directive SMAV ou de l'entrée en vigueur tardive de la législation nationale visant à transposer la directive. Cinq Etats membres ont par ailleurs fait état d'une absence de services à la demande enregistrés ou reconnus durant la période de référence. Seuls six des Etats membres ayant transposé la directive (c'est-à-dire ayant imposé aux services à la demande l'obligation de promouvoir les œuvres européennes) ont indiqué dans leur rapport que leur législation définissait des mesures concrètes.





4. Autorégulation et corégulation

Les dispositions de la Directive SMAV relatives à son champ d'application matériel ont principalement été transposées en droit primaire ou dans le cadre de règlements adoptés par les autorités de régulation. Il existe toutefois quelques exemples particulièrement intéressants d'outils d'autorégulation et de corégulation qui méritent d'être étudiés en raison de leur impact sur le champ d'application de la directive.

Comme nous l'avons vu au chapitre 3, le Royaume-Uni avait mis en place jusqu'au 31 décembre 2015 un système de corégulation pour les services de médias audiovisuels à la demande et confié à l'ATVOD¹¹³ la responsabilité de la procédure de notification des services à la demande et le traitement des plaintes relatives à ces types de services. La Finlande, l'Allemagne, la Hongrie et l'Irlande, notamment, nous offrent d'autres exemples d'autorégulation et d'initiatives de corégulation¹¹⁴.

4.1. Finlande

Depuis le 1^{er} janvier 2014, l'enregistrement de la fourniture d'un service de médias audiovisuels à la demande en Finlande s'effectue auprès du nouvel Institut national de l'audiovisuel (KAVI), fruit de la fusion du Centre des programmes audiovisuels d'éducation aux médias déjà en place et des Archives audiovisuelles nationales, qui relève de la compétence du ministère de l'Éducation et de la Culture¹¹⁵. Un service spécifique consacré à l'éducation aux médias et aux médias audiovisuels (MEKU) est quant à lui chargé d'exercer un contrôle sur la fourniture des programmes audiovisuels (classification des films et protection des mineurs), ainsi que de coordonner et promouvoir l'éducation aux médias au niveau national¹¹⁶. Les fonctions de cet organisme de corégulation sont énoncées par la loi relative aux programmes audiovisuels¹¹⁷.

¹¹³ www.atvod.co.uk, renvoie à présent à la page suivante de Ofcom : <http://consumers.ofcom.org.uk/tv-radio/on-demand-landing/>.

¹¹⁴ Pour des informations complètes sur ce point, voir E. Machet, « *Exploring Regulatory Boundaries between Traditional and new Media* », Document de travail établi pour la 33^e réunion de l'EPRA, Ohrid, 26 et 27 mai 2011, <http://www.epra.org/attachments/ohrid-plenary-1-exploring-regulatory-boundaries-background-document> ; E. Machet, « *Towards a Paradigm Shift? New Services and Scope: "What's in, what's out Revisited"* », Document de travail établi pour la 35^e réunion de l'EPRA, Portorož, 31 mai – 1^{er} juin 2012, www.epra.org/attachments/portoroz-plenary-1-new-services-and-scope-what-s-in-what-s-out-revisited-paper-2 ;

G. de Bueger, « *Supervising On-demand Audiovisual Media Services: Best practices and Methodology* », Document de travail comparatif pour la 38^e réunion de l'EPRA, Vilnius, 2-4 octobre 2013, <http://www.epra.org/attachments/vilnius-plenary-session-1-supervising-vod-services-final-comparative-document>.

¹¹⁵ <https://kavi.fi/en/>. Loi n° 675 du 13 septembre 2013, <http://www.finlex.fi/sv/laki/alkup/2013/20130675>, abrogeant la loi n° 711 du 17 juin 2011, <http://www.finlex.fi/sv/laki/alkup/2011/20110711>, qui réglementait le précédent Centre compétent en matière de programmes audiovisuels et d'éducation aux médias, qui avait à l'époque remplacé le Centre cinématographique national institué par la loi n° 776 du 25 août 2000.

¹¹⁶ <https://kavi.fi/en/media-education-and-audiovisual-media>.

¹¹⁷ Les fonctions du KAVI sont énoncées par la loi n° 710 du 17 juin 2011, à savoir la loi relative aux programmes audiovisuels, <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2011/en20110710.pdf>.



Tout fournisseur de services de médias audiovisuels est tenu de s'enregistrer auprès du registre des fournisseurs du KAVI, en soumettant à ce dernier une notification dès le début de la fourniture d'un service exploité à des fins économiques et sur une base régulière. Une fois cette notification effectuée, les fournisseurs de services à la demande doivent s'acquitter d'une taxe annuelle de contrôle de 400 EUR, en fonction des modalités et de la localisation de l'offre¹¹⁸. Alors que les obligations d'enregistrement et d'acquiescement des frais d'inscription ne sont pas applicables aux fournisseurs occasionnels, comme les organisateurs de la fourniture d'un seul programme audiovisuel ou un exploitant d'autocars qui diffuse des programmes audiovisuels dans ses véhicules, toutes les autres dispositions de la loi, comme l'obligation de classification et d'indication des limites d'âge à respecter, sont également applicables aux présentations occasionnelles.

4.2. Allemagne

En vertu du principe d'une « autorégulation réglementée », la Commission allemande pour la protection des mineurs (KJM) certifie les organisations d'autorégulation volontaires et examine si leurs décisions sont prises dans le cadre de leur mandat. Le *Jugendmedienschutz-Staatsvertrag* (Traité inter-Länder sur la protection des mineurs - JMStV)¹¹⁹ prévoit une procédure spécifique applicable à la création de ces organisations :

« (1) Les organisations d'autorégulation volontaire peuvent être créées pour les services de radiodiffusion et des services de télémedias¹²⁰.

(2) Dans le cadre de leur mission définie par la loi, les organisations d'autorégulation volontaire certifiées sont tenus de respecter les dispositions du présent Traité inter-Länder, ainsi que les règlements et lignes directrices publiées ci-dessous par les fournisseurs affiliés »¹²¹.

Lorsqu'une organisation d'autorégulation volontaire dépasse le cadre de l'évaluation juridique qui lui est confiée, la KJM peut décider de prendre des mesures à son encontre. La KJM élabore par ailleurs des règlements et lignes directrices auxquels les organisations d'autorégulation doivent se conformer.

Bien qu'elles concernent uniquement la protection des mineurs, ces évaluations ont de véritables répercussions sur le champ d'application de la directive, dans la mesure où elles sont limitées aux services relevant du champ d'application matériel de la Directive SMAV.

¹¹⁸ KAVI (le corégulateur finlandais des médias), *Instructions for providers of on-demand services of audiovisual programmes in Finland* (en anglais), 8 janvier 2016, https://kavi.fi/sites/default/files/documents/ohje_vod_en.pdf.

¹¹⁹ KJM (Commission allemande pour la protection des mineurs), 13^e Traité inter-Länder sur la protection de la dignité humaine et des mineurs dans la radiodiffusion et les télémedias, 1^{er} avril 2010, www.kjm-online.de/fileadmin/Download_KJM/Recht/JMStV_Stand_13_RStV_mit_Titel_english.pdf.

¹²⁰ En Allemagne, selon l'article 2, paragraphe 1, du *Rundfunkstaatsvertrag* (Traité inter-Länder sur la radiodiffusion), on entend par « télémedias » « tous les services électroniques d'information et de communication qui ne relèvent ni des services de télécommunication au sens de l'article 3, paragraphe 24, de la loi sur les télécommunications, lesquels consistent entièrement à transporter des signaux sur les réseaux de télécommunications, ni des services s'appuyant sur les télécommunications au sens de l'article 3, paragraphe 25, de la loi sur les télécommunications, ni de la radiodiffusion au sens des première et deuxième phrases ». Voir le *Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV)* dans la version du 18^e *Rundfunkänderungsstaatsvertrag* portant modification du Traité inter-Länder, disponible sur : http://www.kjm-online.de/fileadmin/Download_KJM/Recht/18_RAendStV_01-01-2016.pdf.

¹²¹ KJM, Traité inter-Länder, article 19.



4.3. Hongrie

La loi relative aux services de médias et aux communications de masse¹²², qui transpose en droit hongrois la Directive SMAV, mentionne spécifiquement les organisations d'autorégulation et de corégulation, ainsi que les procédures qui leur sont associées. Ce texte fait office de base juridique pour la fourniture de services de médias audiovisuels et reconnaît expressément la pertinence de l'autorégulation et de la corégulation en complément de la législation :

« Les organisations d'autorégulation professionnelles, parmi lesquelles figurent les fournisseurs de services de médias, les éditeurs de produits de presse, les fournisseurs de services intermédiaires et les distributeurs de services de médias, ainsi que les différentes procédures d'autorégulation et de corégulation, jouent un rôle important en matière de réglementation des médias, ainsi que pour la mise en œuvre et le respect des dispositions de la présente loi. Ces organisations et procédures doivent être respectées dans l'application de la présente loi »¹²³.

4.4. Irlande

En 2014, un organisme d'autorégulation baptisé Groupe de services audiovisuels à la demande (*On-Demand Audiovisual Services Group* – ODAS) a été institué en Irlande. Sa principale mission était d'élaborer un code de conduite visant à compléter les exigences de l'ordonnance prise en 2010¹²⁴ pour la transposition de la Directive SMAV.

L'ODAS rassemble des instances représentatives de l'industrie de la publicité, des radiodiffuseurs, des entreprises de télécommunications, ainsi que d'autres fournisseurs de services à la demande, et est compétent pour élaborer des règles applicables aux services de médias audiovisuels à la demande, qui devront être approuvées par l'Autorité irlandaise de la radiodiffusion (BAI). Le Code, adopté en 2011, fixe les normes minimales exigées pour les fournisseurs de services, prévoit un mécanisme de plaintes pour les consommateurs et est conforme aux directives européennes¹²⁵. Le comité de conformité de la BAI et l'Autorité irlandaise des normes publicitaires (*Advertising Standards Authority for Ireland* – ASAI) sont compétents pour assurer le traitement des plaintes déposées.

Pour ce qui est des services, il revient à la BAI de déterminer lesquels sont des services de médias audiovisuels et l'ODAS ne joue aucun rôle dans la procédure de notification, puisque les fournisseurs de services de médias à la demande sont tenus de notifier leurs activités avant de les débiter. La procédure de notification ne concerne pas les organisations d'autorégulation, mais uniquement les organismes publics :

« Les fournisseurs de services de médias audiovisuels de services de médias audiovisuels à la demande doivent notifier au ministre ou à l'autorité de régulation leur intention de fournir ou de continuer à fournir de tels services de la manière préconisée par l'autorité de régulation ou par le ministre »¹²⁶.

¹²² Loi n° CLXXXV de 2010 relative aux services de médias et aux communications de masse, http://hunmedialaw.org/dokumentum/153/Mttv_110803_EN_final.pdf.

¹²³ Loi n° CLXXXV de 2010, article 8.

¹²⁴ Ordonnance n° 258 de 2010, www.bai.ie/wordpress/wp-content/uploads/SI-258-2010.pdf.

¹²⁵ ODAS (organisme irlandais d'autorégulation des médias), *Code of Conduct On-Demand Audiovisual Media Services* (Code de conduite applicable aux services de médias audiovisuels à la demande), www.bai.ie/?download=5753.

¹²⁶ ODAS, Code de conduite, paragraphe 3.





5. La jurisprudence

Malgré la grande variété de sujets abordés dans le débat public en cours sur la question du champ d'application matériel de la Directive SMAV, l'examen approfondi des spécificités des décisions effectivement prises par la Cour de justice de l'Union européenne et les régulateurs nationaux semble révéler une certaine uniformité des sujets concernés.

Les sites web de quotidiens qui proposent des vidéos constituent un premier problème de classification. En effet, la plupart des quotidiens mettent à disposition de leurs lecteurs une édition électronique en ligne financée par la publicité ou sur la base d'un abonnement. Outre les reportages et commentaires journalistiques écrits habituels, ces services s'accompagnent de contenus audiovisuels. Il devient alors difficile de déterminer si la fourniture de contenus audiovisuels constitue ou non l'objet principal du service, ni si la section vidéo d'un quotidien est un service distinct des services écrits proposés par le quotidien.

La question des plateformes de contenus générés par les utilisateurs et des chaînes professionnelles sur ces plateformes pose également problème. Il est communément admis que les plateformes de contenus générés par les utilisateurs sont des fournisseurs d'hébergement et qu'elles devraient par conséquent être exclues du champ d'application de la Directive SMAV. La plupart des pages utilisateurs ne peuvent pas être considérées comme des services, puisqu'elles ne sont pas fournies contre rémunération, et ne relèvent par conséquent pas davantage de la Directive SMAV. En revanche, les chaînes professionnelles distribuées sur ces plateformes peuvent dans certains cas satisfaire à l'ensemble des critères d'un service de médias audiovisuels à la demande.

Les services de téléchargement en vue d'une location ou d'un achat font quant à eux l'objet d'un débat qui n'a toujours pas abouti à une décision déterminée. Ces services, comme iTunes ou Canalplay, offrent généralement la possibilité de télécharger des fichiers audiovisuels numériques, qui peuvent ensuite être visionnés pendant une certaine période ou qui sont acquis de manière définitive. Ces services relèvent à première vue du champ d'application de la Directive SMAV, mais certaines autorités de régulation nationales tendent à ne pas les considérer comme des services de médias audiovisuels à la demande¹²⁷.

¹²⁷ Voir E. Machet, « *Towards a Paradigm Shift? New Services and Scope: "What's in, what's out Revisited"* » (en anglais) ; ce document de travail de la 35^e réunion de l'EPRA, qui s'est tenue à Portorož, du 31 mai au 1^{er} juin 2012 (voir <http://www.epra.org/attachments/portoroz-plenary-1-new-services-and-scope-what-s-in-what-s-out-revisited-paper-2>), souligne les divergences entre les autorités de régulation nationales quant à la qualification juridique de ces services, en particulier ceux destinés à un achat par l'utilisateur. Seules les autorités de régulation nationales de la Communauté française de Belgique, de Chypre, de Hongrie, du Luxembourg, de Norvège, des Pays-Bas, de République tchèque et de Slovaquie estiment qu'elles tendraient à considérer ces offres comme des services de médias audiovisuels à la demande. Cela ne veut pas pour autant dire que d'autres autorités de régulation ne choisiront jamais cette option en pratique, mais simplement qu'elles ne sont pas encore déterminées sur cette question.



5.1. Le « champ d'application matériel » dans la jurisprudence européenne

5.1.1. Les affaires pertinentes de la Cour de justice de l'Union européenne

Les recherches effectuées dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne au sujet du champ d'application matériel de la Directive SMAV ont donné bien peu de résultats. Parmi toutes les affaires traitées par la Cour au cours de plus de 25 ans de réglementation audiovisuelle européenne, seules deux d'entre elles concernent le champ d'application matériel de la Directive Services de médias audiovisuels, alors qu'il devrait s'agir de l'élément essentiel de toute question d'interprétation de l'application d'une directive.

Cela signifie que, soit l'élaboration des dispositions n'a pas donné lieu à de véritables problèmes d'interprétation, compte tenu également de l'absence de toute communication interprétative de la Commission européenne dans ce domaine et des rares notes d'orientation publiés sur ce point à l'échelon national¹²⁸, soit les Etats membres ont jusqu'à présent préféré résoudre l'ensemble des questions d'interprétation de manière interne sans faire appel à la seule instance compétente à cet égard, à savoir la Cour de justice de l'Union européenne. Cette situation est d'autant plus surprenante que les débats les plus houleux semblent à présent porter précisément sur le champ d'application de la Directive SMAV.

5.1.1.1. Tenir compte du passé tout en préparant l'avenir

Ce n'est que dans l'affaire *Mediakabel*¹²⁹ que la jurisprudence relative à la Directive Télévision sans frontières, dans sa version de 1989 et dans sa version révisée de 1997, a permis à la Cour de contribuer au débat sur le champ d'application matériel, tout en se prononçant sur la définition des services de radiodiffusion¹³⁰. L'arrêt a eu un impact considérable sur le débat relatif à la définition des services de télévision avant la révision de la Directive TSF en 1997 et certaines remarques incidentes pourraient encore se révéler pertinentes dans le contexte actuel.

L'affaire concernait un service dénommé *Mr. Zap*, qui permettait, en contrepartie d'un abonnement mensuel, la réception d'un certain nombre d'émissions de télévision venant compléter les programmes transmis par le fournisseur du réseau, au moyen d'un décodeur et d'une carte à puce. Lorsqu'un abonné au service *Mr. Zap* souhaitait commander un film du catalogue *Filmtime*, il en faisait lui-même la demande à l'aide de sa télécommande ou de son téléphone et, après s'être identifié au moyen de son code d'identification personnel et avoir procédé au paiement par prélèvement automatique, il recevait une clé individuelle qui lui permettait d'accéder à un ou plusieurs des 60 films proposés chaque mois, aux heures indiqués sur l'écran de télévision ou dans le guide des programmes. Les caractéristiques essentielles étaient que :

¹²⁸ Voir le chapitre 3 de la présente publication.

¹²⁹ Cour de justice des Communautés européennes, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media*, affaire n° C-89/04, arrêt du 2 juin 2005, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62004CJ0089&lang1=en&type=TEXT&ancre=>. Voir M. Rossini, « Cour de Justice des Communautés européennes : *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media* », IRIS 2005-7/3, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/7/article3.fr.html>.

¹³⁰ Les recherches effectuées sur le portail de la Cour de justice de l'Union européenne, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, ont permis d'obtenir 34 résultats, qui concernent ou du moins mentionnent la Directive Télévision sans frontières, dont un seul, l'affaire n° C-89/04, porte sur la définition du champ d'application matériel de la directive.



« Un tel service consiste en l'émission de films destinés à un public de téléspectateurs. Il porte donc bien sur des programmes télévisés, émis à l'attention d'un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels »¹³¹.

Ces caractéristiques signifiaient que le service en question relevait de la définition de la radiodiffusion télévisuelle, dans la mesure où :

« un service relève de la notion de « radiodiffusion télévisuelle » visée à l'article 1er, sous a), de la directive 89/552 s'il consiste en l'émission primaire de programmes télévisés destinés au public, c'est-à-dire à un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels, auprès desquels les mêmes images sont simultanément transmises. La technique de transmission des images n'est pas un élément déterminant dans cette appréciation »¹³².

Il convient de relever l'absence de pertinence du mode de transmission des images dans cette appréciation, un élément qui conservera toute son importance dans la jurisprudence ultérieure lorsqu'il sera question de définir le service concerné.

L'affaire *RTL Belgium*¹³³ s'est également révélée une occasion manquée de fournir des indications utiles quant à la notion de « responsabilité éditoriale », qui est en effet l'une des pierres angulaires de la définition des services concernés par cette directive. Il avait en l'espèce été demandé par le Collège d'autorisation et de contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel si la notion de contrôle effectif était applicable à :

« une société, établie dans un Etat membre et autorisée par concession du gouvernement de cet Etat membre à fournir un service de média audiovisuel, [qui] exerce effectivement un tel contrôle alors qu'elle délègue, avec faculté de subdélégation, à une société tierce établie dans un autre Etat membre, contre paiement d'une somme indéterminée correspondant au total du chiffre d'affaires publicitaire réalisé à l'occasion de la diffusion de ce service, la réalisation et la production de tous les programmes propres de ce service, la communication vers l'extérieur en matière de programmation ainsi que les services financiers, juridiques, de ressources humaines, de gestion des infrastructures et autres services relatifs au personnel, et alors qu'il apparaît que c'est au siège de cette société tierce que se décident et se réalisent l'assemblage des programmes, les déprogrammations éventuelles et les bouleversements de grille liés à l'actualité ? »¹³⁴.

La Cour n'a cependant jamais abordé cette question, puisque cette question préjudicielle émanait d'un organisme qui ne pouvait pas légitimement la lui poser, dans la mesure où il ne « possède [pas] le caractère d'une « juridiction » au sens de l'article 267 du TFUE ».

¹³¹ *Mediakabel*, paragraphe 36.

¹³² *Mediakabel*, paragraphe 33.

¹³³ Cour de justice de l'Union européenne, *RTL Belgium SA*, affaire n° C-517/09, arrêt du 22 décembre 2010, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009CJ0517&lang1=en&type=TXT&ancre=>.

¹³⁴ *RTL Belgium*, paragraphe 30.



5.1.1.2. L'affaire *New Media Online*

L'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *New Media Online*¹³⁵, dont on espérait qu'il permette de parvenir à un compromis dans l'un des débats les plus animés sur l'application de la Directive SMAV, à savoir la limite entre la presse (exclue du champ d'application) et les services audiovisuels, a clos le chapitre relatif aux portails en ligne de quotidiens ; il s'agit jusqu'à présent de la seule affaire ayant trait au champ d'application matériel de la Directive SMAV¹³⁶.

5.1.1.2.1. Le renvoi préjudiciel de la juridiction autrichienne

Le 9 mai 2012, l'Autorité autrichienne de régulation des médias, *KommAustria*, a demandé à la société autrichienne *New Media Online* de lui soumettre une notification en sa qualité de fournisseur de services de médias audiovisuels pour la section vidéo (<http://video.tt.com>) du portail en ligne du quotidien autrichien *Tiroler Tageszeitung* (www.tt.com). Face au refus de la société de lui notifier le service en question, au motif qu'il ne s'agissait pas d'un service de médias audiovisuels, *KommAustria* avait adopté le 9 octobre 2012 une décision formelle dans laquelle elle indiquait que le service satisfaisait à l'ensemble des critères fixés par la législation en vigueur pour se voir conférer la qualité de service à la demande¹³⁷.

New Media Online avait fait appel de cette décision, mais le Bundeskommunikationssenat (Chambre fédérale des communications – BKS) avait confirmé la décision prise par *KommAustria*, selon laquelle la section vidéo en question constituait un service de médias audiovisuels non linéaire, puisque la législation en vigueur ne fixe aucune durée minimale pour les séquences vidéo proposées sur un catalogue¹³⁸. *New Media Online* a également déposé un recours contre cette décision, cette fois devant la Cour suprême administrative, laquelle a décidé de suspendre la procédure et de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'un renvoi préjudiciel sur cette question¹³⁹.

5.1.1.2.2. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne

En ce qui concerne la question préjudicielle soulevée par les juges autrichiens, la Cour de justice de l'Union européenne a englobé, pour une question de principe, les sections vidéo des portails en ligne de quotidiens dans le champ d'application matériel de la directive, renversant ainsi les conclusions de l'Avocat général¹⁴⁰. Lorsque ce dernier avait indiqué que la nécessité d'interpréter la notion de

¹³⁵ Cour de justice de l'Union européenne, *New Media Online c. Bundeskommunikationssenat*, affaire n° C-347/14, arrêt du 21 octobre 2015, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014CJ0347&lang1=fr&type=TXT&ancre=>. Voir R. Ó Fathaigh, « Affaire *New Media Online c. Bundeskommunikationssenat* », IRIS 2015-10/3, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2015/10/article3.fr.html>.

¹³⁶ Les recherches effectuées sur le portail de la Cour de justice de l'Union européenne, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, ont permis d'obtenir sept résultats concernant la Directive SMAV, dont seulement un, l'affaire n° C-347/14, portait sur la définition du champ d'application matériel de la directive.

¹³⁷ *KommAustria* (le régulateur autrichien des médias), décision du 9 octobre 2012, www.rtr.at/en/m/KOA195012048/29200_KOA_1.950-12-048.pdf.

¹³⁸ *Bundeskommunikationssenat* (Chambre fédérale autrichienne des communications - BKS), décision du 13 décembre 2012, www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=49930.

¹³⁹ *Verwaltungsgerichtshof* (Cour suprême administrative d'Autriche), décision du 26 juin 2014, www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vwgh/JWT_2013030012_20140626X00/JWT_2013030012_20140626X00.pdf.

¹⁴⁰ *New Media Online*, affaire n° C-347/14, Avis de l'Avocat général du 1^{er} juillet 2015, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014CC0347&lang1=fr&type=TXT&ancre=>. Voir R. Ó Fathaigh, « L'avocat général estime que le site web d'un journal contenant de la vidéo n'est pas couvert par la Directive SMAV », IRIS 2015-8/3, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2015/8/article3.fr.html>.



« programme » d'une manière dynamique se traduirait par l'exclusion des portails en ligne de sa définition, du fait de l'architecture spécifique de leurs contenus multimédia, la Cour a souligné qu'une « compilation de courtes vidéos [est comparable à] une grille ou un catalogue complet établi par un opérateur de radiodiffusion télévisuelle classique », puisqu'aucune disposition de la Directive SMAV ne prévoit d'exigence particulière quant à la durée d'un ensemble d'images animées qui constituent un programme.

Sur ce point essentiel de l'appréciation du « caractère secondaire » des services audiovisuels concernés et de leur « caractère accessoire » en matière de fourniture d'articles de presse, la Cour a estimé que cette appréciation devait se faire au cas par cas, afin d'éviter d'arriver à une situation dans laquelle les fournisseurs de services de médias audiovisuels « pourraient faire usage d'un portail d'information multimédia pour se soustraire à la législation qui leur est applicable dans ce domaine ». C'est la raison pour laquelle la Cour a estimé que :

« il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si le service proposé dans le sous-domaine vidéos a un contenu et une fonction autonomes par rapport à ceux des articles de presse écrite de l'éditeur du journal en ligne. Si tel est le cas, ce service relève du champ d'application de la directive 2010/13. Si, en revanche, ledit service apparaît comme l'accessoire indissociable de l'activité journalistique de cet éditeur, notamment en raison des liens que présente l'offre audiovisuelle avec l'offre textuelle, il ne relève pas du champ d'application de cette directive »¹⁴¹.

En l'espèce, comme l'a expliqué la juridiction de renvoi, le site web du *Tiroler Tageszeitung online*¹⁴² présentait des articles tirés de la presse écrite et comportait une section vidéo¹⁴³ dans laquelle il était possible de rechercher sur un catalogue des séquences vidéo qui n'avaient souvent aucun lien avec les articles de presse publiés sur le site web du quotidien. Compte tenu de cette situation particulière, la Cour a conclu que :

« Ces éléments tendent à indiquer que le service en cause au principal pourrait être considéré comme ayant un contenu et une fonction autonomes par rapport à ceux de l'activité journalistique de la requérante au principal et, partant, comme étant constitutif d'un service distinct des autres services offerts par celle-ci. Une telle appréciation appartient à la juridiction de renvoi »¹⁴⁴.

L'importance particulière accordée par la Cour à cette approche matérielle¹⁴⁵ vise indubitablement à empêcher toute forme de contournement :

« Dans le cadre de cette analyse, le fait que l'offre audiovisuelle en cause est présentée dans le domaine principal du site Internet concerné ou dans un sous-domaine de celui-ci ne saurait être déterminant, et ce sous peine d'ouvrir la voie à un contournement des règles de la directive 2010/13 au moyen d'une architecture de ce site Internet créée à cette fin »¹⁴⁶.

¹⁴¹ *New Media Online*, paragraphe 34.

¹⁴² Le quotidien en ligne « *Tiroler Tageszeitung online* » est accessible sur : www.tt.com.

¹⁴³ La section vidéo permettant d'accéder à un catalogue de clips vidéo était accessible sur <http://video.tt.com>, mais mène désormais à une page vierge. Les vidéos sont à présent intégrées dans la page principale du portail et ne disposent pas d'une adresse internet distincte.

¹⁴⁴ *New Media Online*, paragraphe 37.

¹⁴⁵ Voir E. Apa et M. Bellezza, « *Corte di Giustizia: verso un level playing field tra servizi di media audiovisivi e giornali online* », *MediaLaws*, 26 octobre 2015, www.medialaws.eu/corte-di-giustizia-verso-un-level-playing-field-tra-servizi-di-media-audiovisivi-e-giornali-online/.

¹⁴⁶ *New Media c. Bundeskommunikationssenat*, paragraphe 35.



Tout en gardant à l'esprit cette mise en garde, la Cour a instauré les conditions nécessaires pour empêcher la mise en place « d'un moyen automatique permettant aux propriétaires de quotidiens¹⁴⁷ de se soustraire à toute sanction » sans pour autant se pencher sur des questions plus spécifiques, comme la manière de traiter les « vidéos de certains blogueurs et blogueurs vidéo, qui pourraient être qualifiées de services de médias audiovisuels à la demande, notamment si elles s'accompagnent d'une activité économique de grande envergure et que leurs programmes ciblent le grand public »¹⁴⁸ ou « de chaînes YouTube tolérées », en fonction de l'approche retenue par les autorités nationales¹⁴⁹.

5.1.1.2.3. La décision définitive de la juridiction autrichienne

La Cour suprême administrative, juridiction de renvoi, a suivi le raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne et partagé les conclusions rendues en l'espèce ; elle a rejeté le 16 décembre 2015 le recours dont elle avait été saisie par *New Media Online*, confirmant ainsi l'évaluation initiale de *KommAustria*, selon laquelle la section vidéo du portail en ligne du quotidien devait effectivement être considérée comme un service de médias audiovisuels à la demande, dans la mesure où les séquences vidéo n'avaient la plupart du temps aucun lien avec les articles de presse du quotidien et constituaient par conséquent une activité autonome¹⁵⁰.

Dans l'intervalle, la section vidéo de l'édition en ligne du quotidien tyrolien a été supprimée ; il est par conséquent probable que l'arrêt n'ait aucun effet, mais ses conclusions restent néanmoins particulièrement importantes pour des affaires à venir.

5.1.2. Les points de jonction entre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour de justice de l'Union européenne

Même si ce n'est pas dans les mêmes termes que la Cour de justice de l'Union européenne, la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme a contribué de manière particulièrement intéressante au débat sur la classification des services en ligne et des responsabilités qui incombent aux plateformes en ligne.

5.1.2.1. L'affaire *Delfi*

Le 16 juin 2015, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu la décision finale tant attendue dans l'affaire *Delfi AS c. Estonie* sur la question de la responsabilité d'un portail d'actualités en ligne pour les remarques insultantes figurant dans les commentaires de ses

¹⁴⁷ Voir L. Woods, « *Audiovisual Media Services Regulation and The 'Newspaper Exception'* », EU Law Analysis, 15 octobre 2015, <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2015/10/audiovisual-media-services-regulation.html>.

¹⁴⁸ Voir R. Kuchta, « *When the Internet competes with television* », New Technologies, janvier 2016, www.wardynski.com.pl/biuletyn_nowych_tehnologii/2016-01/B10_EN_When_the_Internet_competes_with_television.pdf.

¹⁴⁹ Voir M. Ruttig, « *Kontrollieren die Landesmedienanstalten bald das Internet?* », Legal Tribune Online, 21 octobre 2015, www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-urteil-c-34714-videos-onlinezeitung-anzeigespflichtig-audiovisueller-mediendienst/.

¹⁵⁰ *Verwaltungsgerichtshof* (Cour suprême administrative d'Autriche), Arrêt du 16 décembre 2015, www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vwgh/JWT_2015030004_20151216X00/JWT_2015030004_20151216X00.pdf. Voir G. Iacino, « Le *Verwaltungsgerichtshof* considère l'espace vidéo du quotidien *Tiroler Tageszeitung* comme un service de média audiovisuel », IRIS 2016-3/4, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2016/3/article4.fr.html>.



lecteurs à propos de l'un de ses articles¹⁵¹. Il s'agit de la première affaire dans laquelle la Cour européenne a été appelée à examiner, à la lumière du droit à la liberté d'expression, une requête relative à la question de la responsabilité d'un portail d'information en ligne par rapport aux commentaires générés par ses lecteurs.

La Cour a confirmé les conclusions des juridictions internes, selon lesquelles la plateforme d'actualités *Delfi* devait davantage être considérée comme un fournisseur de services de contenu que comme un simple fournisseur de services techniques et qu'elle aurait par conséquent dû effectivement empêcher la publication de commentaires indiscutablement injurieux. La Cour a estimé que la loi relative aux services de la société de l'information, qui transpose en droit interne la directive sur le commerce électronique et comporte des dispositions relatives à la responsabilité limitée des fournisseurs d'accès internet, ne pouvait s'appliquer en l'espèce, puisque cette affaire portait sur des activités à caractère purement technique, automatique et passif, ce qui n'était pas le cas des activités de la société requérante qui s'apparentaient davantage à celles d'un éditeur de médias chargé de l'exploitation d'un portail d'actualités en ligne. La Cour a souligné que l'affaire concernait un grand portail d'informations en ligne, exploité à titre professionnel et à des fins commerciales, qui publiait des articles sur l'actualité rédigés par ses services et qui invitait ses lecteurs à les commenter. La Grande Chambre a rejoint la conclusion rendue dans l'arrêt de chambre, selon laquelle *Delfi* doit être réputée avoir exercé un degré important de contrôle sur les commentaires publiés sur son portail en ligne.

5.1.2.2. L'affaire MTE

Le 2 février 2016, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu qu'un organe d'autorégulation (*Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete* – MTE) et un portail d'actualités en ligne (*Index.hu Zrt*) n'étaient pas responsables des commentaires grossiers postés par des internautes sur leurs sites web respectifs¹⁵². Les utilisateurs anonymes de MTE et *Index.hu* avaient posté en ligne des commentaires grossiers et injurieux critiquant les pratiques commerciales trompeuses d'un site d'annonces immobilières en ligne. La Cour européenne a estimé qu'en tenant MTE et *Index.hu* responsables des commentaires en question, les juridictions hongroises portaient atteinte au droit à la liberté d'expression. Il s'agit là du premier arrêt dans lequel les principes énoncés dans l'arrêt *Delfi* ont été mis à l'épreuve.

En se référant à l'arrêt *Delfi AS c. Estonie*, la Cour européenne a admis que, en vertu de la législation hongroise, un éditeur qui exploite un important portail d'actualités en ligne à des fins commerciales (*Index.hu*) et une association d'autorégulation de fournisseurs de contenus en ligne (MET), pourraient en principe être reconnus responsables des commentaires illicites de tiers. La Cour a confirmé que les portails d'actualités en ligne doivent, en principe, assumer un certain nombre de devoirs et responsabilités. Cependant, compte tenu de la nature particulière d'internet, ces devoirs et responsabilités peuvent dans une certaine mesure différer de ceux d'un éditeur traditionnel, notamment en ce qui concerne les contenus de tiers.

¹⁵¹ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Delfi AS c. Estonie*, 16 juin 2015, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105#{\"itemid\":\[\"001-155105\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105#{\). Voir D. Voorhoof, « *Delfi AS c. Estonie* (Grande Chambre) », IRIS 2015-7/1, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2015/7/article1.fr.html>.

¹⁵² Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete et Index.hu Zrt c. Hongrie*, 2 février 2016 (uniquement en anglais), [http://hudoc.echr.coe.int/fre#/{\"itemid\":\[\"001-160314\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#/{\).



5.2. Les décisions prises par les autorités de régulation

5.2.1. Les sites de quotidiens en ligne qui proposent des vidéos

L'arrêt *New Media Online* a clos le chapitre dans lequel de nombreux Etats membres se sont impliqués dans le débat visant à déterminer la frontière entre la liberté d'expression de la presse et la réglementation des services de médias audiovisuels. A ce jour, en dehors de l'Autriche dont nous avons déjà étudié l'exemple, les décisions les plus significatives ont été adoptées en Slovaquie, en Suède et au Royaume-Uni.

5.2.1.1. Slovaquie

Dans une chronologie des événements tout à fait différente de celle de l'affaire autrichienne, dont la procédure avait été engagée par l'autorité de régulation des médias, la société *Petit Press* avait notifié le 8 février 2010 au régulateur slovaque des médias, RVR, son activité de fournisseur de services de médias du portail d'actualités en ligne www.sme.sk. Le régulateur avait conclu le 13 avril 2010 que les services fournis ne satisfaisaient pas aux conditions requises pour se voir reconnaître la qualité de service de médias audiovisuels, dans la mesure où les séquences vidéo venaient principalement en complément des articles de presse et ne pouvaient par conséquent pas être considérées comme un service autonome¹⁵³.

RVR a toutefois pris une décision totalement différente deux ans plus tard, lorsqu'il s'est prononcé sur une nouvelle notification qui lui avait été soumise le 28 mai 2012 par la même société, *Petit Press*, mais qui concernait cette fois des services vidéo proposés sur un autre site internet, www.tv.sme.sk. Compte tenu de la nature différente du service, lequel se compose exclusivement de contenus audiovisuels également mis à la disposition des téléviseurs intelligents (Smart TV) de la marque Samsung, qui de surcroît n'ont aucun lien avec des articles de presse et sont comparables à des services télévisuels, RVR a estimé qu'il s'agissait là de services de médias audiovisuels à la demande¹⁵⁴.

5.2.1.2. Suède

Comme en Autriche, la Commission suédoise de la radiodiffusion (*Granskningsnämnden för radio och TV – GRN*) a pris les devants et a mené des investigations sur les services audiovisuels fournis sur les portails en ligne de certains grands quotidiens suédois¹⁵⁵.

Une première affaire concernait une enquête sur un possible placement de produit dans les émissions de cuisine disponibles sur le service « 24HD Play » proposé par le quotidien suédois *Helsingborgs Dagblad* sur le site web www.hd.se/24hd, un sous-domaine du portail internet du quotidien www.hd.se. Tout en reconnaissant que l'affaire n'avait aucune pertinence commerciale pour ce qui est des dispositions applicables en matière de publicité, le régulateur a conclu qu'il

¹⁵³ RVR (régulateur slovaque des médias), Décision n° 10-07/439 du 13 avril 2010, <http://www.rvr.sk/sk/spravny?aktualitaId=1014>.

¹⁵⁴ RVR (régulateur slovaque des médias), Décision n°12-14/43.680 du 10 juillet 2012, <http://www.rvr.sk/sk/spravny?aktualitaId=1626>. Voir J. Polak, « tvsme assimilé à un service de médias audiovisuels à la demande », IRIS 2012-9/38, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2012/9/article38.fr.html>.

¹⁵⁵ Voir E. Ullberg et M. Plogell, « La loi relative à la radio et à la télévision s'applique aux services Web-TV des quotidiens », IRIS 2013-1/35, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2013/1/article35.fr.html>.



s'agissait bien d'un service de médias audiovisuels, dans la mesure où le service audiovisuel en question n'avait aucun lien avec les articles de presse¹⁵⁶. Ce site web, qui n'est actuellement plus en activité, a cependant été remplacé par www.hd.se/webb-tv, lequel reconnaît expressément sa nature de service télévisuel en ligne (web-TV).

Une seconde affaire concernait le respect des dispositions applicables aux communications commerciales dans des programmes de jeux vidéo, qui étaient accessibles sur la page web www.aftonbladet.se/webb-tv, hébergée sur le portail en ligne du principal quotidien suédois *Aftonbladet*. Tout en concluant à l'absence de violation des dispositions applicables au parrainage, le régulateur a estimé qu'il s'agissait bel et bien d'un service de médias audiovisuels, notamment au vu du caractère autonome des décisions éditoriales relatives à la télévision en ligne (web-TV)¹⁵⁷. Le site en question a depuis été transformé en <http://tv.aftonbladet.se/abtv/~~V>, passant ainsi d'un sous-domaine du portail en ligne du quotidien à un domaine de premier niveau.

Dans une troisième affaire, qui portait également sur le respect des dispositions applicables à la publicité, mais cette fois-ci dans le cadre d'un programme consacré à une cérémonie de remise de prix, disponible dans la section vidéo www.dn.se/webb-tv du portail en ligne du quotidien suédois DN (*Dagens Nyheter*), le régulateur des médias a conclu qu'il s'agissait effectivement d'un service de médias audiovisuels, mais que ce service n'avait pas pour autant enfreint les dispositions applicables aux communications commerciales, compte tenu notamment du budget autonome de ses activités audiovisuelles¹⁵⁸.

Dans une quatrième affaire, qui concernait cette fois deux courtes séquences vidéo de moins de trois minutes publiées sur le site www.norran.se/norran-tv du quotidien suédois *Norran*, le régulateur des médias a conclu qu'il s'agissait également bel et bien d'un service de médias audiovisuels à la demande, sans se pencher sur la question de la courte durée des vidéos, puisqu'il devait uniquement déterminer si celles-ci avaient un caractère autonome¹⁵⁹.

5.2.1.3. Royaume-Uni

En sa qualité d'instance de corégulation, l'ATVOD est au cours de son existence¹⁶⁰ intervenue à plusieurs reprises sur la question des sections vidéo d'un certain nombre de portails en ligne de quotidiens. Ces interventions ont suscité de vifs débats dans la presse¹⁶¹ et fait l'objet de recours devant l'Ofcom, le régulateur britannique des médias.

La plupart de ces affaires, qui concernaient *The Sun*, *Sunday Times Video Library*, *Telegraph TV*, *Independent Video*, *FT Video*, *Guardian Video*, *Guardian YouTube*, *News of the World TV* et *Elle TV*, avaient été closes parce que l'Ofcom avait requalifié ces contenus vidéo de services accessoires aux informations et reportages d'actualités, et non de services autonomes « comparables à de la télévision ».

¹⁵⁶ Granskningsnämnden för radio och TV (régulateur suédois des médias), Décision n° 12/00777 du 29 octobre 2012, <http://www.radioochtv.se/CaseDecisions/206404.pdf>.

¹⁵⁷ Granskningsnämnden för radio och TV (régulateur suédois des médias), Décision n° 12/0078 du 29 octobre 2012, <http://www.radioochtv.se/CaseDecisions/206405.pdf>.

¹⁵⁸ Granskningsnämnden för radio och TV (régulateur suédois des médias), Décision n° 12/00779 du 29 octobre 2012, www.radioochtv.se/CaseDecisions/206406.pdf.

¹⁵⁹ Granskningsnämnden för radio och TV (régulateur suédois des médias), Décision n° 12/00780 du 29 octobre 2012, www.radioochtv.se/CaseDecisions/206407.pdf.

¹⁶⁰ Voir le paragraphe 3.1.3.3. de la présente publication.

¹⁶¹ Voir S. Butterworth, « *Why video may kill self-regulation of the press* », *The Guardian*, 7 mars 2011, <http://www.theguardian.com/law/2011/mar/07/video-self-regulation-press>.



La décision rendue par l'Ofcom dans l'affaire *The Sun Video*¹⁶², qui précisait que le service fourni ne pouvait être considéré comme un service de médias audiovisuels en raison de l'absence de caractère « comparable à de la télévision », comportait quelques observations sur l'avenir de ce service, au cas où ses caractéristiques devaient évoluer différemment :

« Même si ce n'est pas encore le cas, la fourniture de contenus audiovisuels par News Group pourrait continuer à se développer. Bien que ces indications ne doivent en aucun cas être considérées comme exhaustives, la fourniture de ces services serait plus susceptible de relever du champ d'application de la réglementation si, par exemple :

a. elle continuait de constituer un rassemblement ou un catalogue de contenus audiovisuels disponibles sur sa propre section du site internet de The Sun ;

b. elle était présentée aux utilisateurs comme un service télévisuel distinct ;

c. elle proposait un accès restreint et moins de liens entre les contenus écrits et les contenus audiovisuels et ;

d. une plus grande partie des contenus audiovisuels avaient une durée plus importante et/ou comportaient des programmes complets du type de ceux qui sont diffusés par les services de programmes de la télévision linéaire »¹⁶³.

Cela signifie que les services jusqu'à présent réputés ne pas relever du champ d'application de la Directive SMAV pourraient en fonction de l'évolution de leurs caractéristiques être requalifiés et par conséquent être traités différemment.

5.2.2. Les chaînes professionnelles proposées sur les plateformes de contenus générés par les utilisateurs

5.2.2.1. Royaume-Uni

Pendant ses cinq années d'existence, l'ATVOD a été très attentive à la manière de considérer les chaînes professionnelles hébergées sur des plateformes de contenus générés par les utilisateurs.

L'Ofcom avait en 2013 annulé les conclusions rendues par l'ATVOD dans l'affaire *BBC Food YouTube*, qui portait sur deux courtes séquences vidéo d'une émission de cuisine mises à disposition du public sur une section de *YouTube* (www.youtube.com/user/BBCFood)¹⁶⁴. Après avoir examiné la forme et la teneur du contenu audiovisuel proposé, lequel constituait l'objectif principal du service, l'Ofcom a conclu qu'elles « n'étaient pas comparables à la forme et à la teneur des services de programmes télévisuels linéaires », considérant que :

« Ces différences conduiraient, à notre avis, les utilisateurs à faire une nette distinction entre ce type de contenus internet et le service de rattrapage linéaire proposé par la BBC sur lequel

¹⁶² Ofcom (le régulateur britannique des médias), *The Sun Video*, décision publiée le 21 décembre 2011, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/enforcement/vod-services/sunvideo.pdf>. Voir M. Sweney, "The Sun wins appeal to stop its videos being monitored by regulators", *The Guardian*, 21 décembre 2011, <http://www.theguardian.com/media/2011/dec/21/the-sun-video-regulator>.

¹⁶³ Ofcom (le régulateur britannique des médias), *The Sun Video*, paragraphe 186.

¹⁶⁴ Ofcom (le régulateur britannique des médias), *BBC Food YouTube*, Décision publiée le 18 janvier 2013, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/enforcement/vod-services/bbc-food-youtube-decision.pdf>. Voir D. Goldberg, « Annulation des décisions prises par l'ATVOD sur la définition de services de « vidéo à la demande », IRIS 2013-4/14, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2013/4/article14.fr.html>.



les téléspectateurs regarderaient l'intégralité de l'émission de cuisine BBC Food. Selon l'Ofcom, les utilisateurs sont peu susceptibles de considérer le service comme l'une des options dont ils disposent lorsqu'ils souhaitent regarder des programmes de télévision. L'Ofcom considère par ailleurs que ce point de vue reflète sans doute les attentes du public en matière de protection réglementaire »¹⁶⁵.

L'Ofcom est parvenu à une conclusion similaire dans sa décision relative à l'affaire *Top Gear YouTube*, qui concernait deux courtes séquences vidéo d'une émission consacrée aux véhicules automobiles mises à la disposition des internautes sur une section de YouTube (www.youtube.com/user/TopGear)¹⁶⁶.

L'Ofcom a également annulé la décision rendu par l'ATVOD dans l'affaire *Channel Flip*, qui portait sur deux courtes séquences vidéo disponibles en ligne sur www.channelflip.com¹⁶⁷. Après en avoir examiné la forme et la teneur, l'Ofcom a conclu que :

« Globalement, la forme et la teneur des contenus de Channel Flip au moment des faits n'étaient pas suffisamment comparables à celles des programmes que proposent habituellement les services de programmes de télévision (linéaire). Il est par conséquent relativement peu probable que les utilisateurs associent ces contenus à la télévision linéaire et, par conséquent, qu'ils fassent concurrence à ces services »¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Ofcom (le régulateur britannique des médias), *BBC Food YouTube*, paragraphe 52.

¹⁶⁶ Ofcom (le régulateur britannique des médias), *Top Gear YouTube*, Décision publiée le 18 janvier 2013, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/enforcement/vod-services/top-gear-youtube-decision.pdf>. Pour de plus amples informations sur cette décision, voir F. J. Cabrera Blázquez, « Les services à la demande créés à l'image de la télévision ? » dans IRIS *Plus* 2013-4, « Qu'est-ce qu'un service à la demande ? », www.obs.coe.int/documents/205595/264635/IRIS_plus_2013-4_text_EN_%28with_cover%29_BAT_optim.pdf.

¹⁶⁷ Ofcom (le régulateur britannique des médias), *Channel Flip*, Décision publiée le 14 décembre 2012, http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/enforcement/vod-services/Channel_Flip_scope_appeal.pdf. Voir T. Prosser, « Annulation de la décision relative au champ d'application des services de programmes à la demande rendue par l'instance de corégulation », IRIS 2013-2/27, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2013/2/article27.fr.html>.

¹⁶⁸ Ofcom (le régulateur britannique des médias), *Channel Flip*, paragraphe 57.





6. Etat des lieux

Comme nous l'avons indiqué au chapitre 1 de cette publication, le marché a connu d'importants changements depuis l'adoption de la Directive Télévision sans frontières en 1989 et l'entrée en vigueur de la Directive SMAV en 2007. Comme internet modifie le mode de consommation des médias audiovisuels, de nouveaux modèles de distribution des contenus audiovisuels ont vu le jour et les téléspectateurs ont de plus en plus la possibilité d'accéder à un nouvel éventail de contenus à la demande provenant de l'ensemble de l'Union européenne sur une gamme plus étendue de dispositifs mobiles. Les distinctions classiques entre services de contenus linéaires et non linéaires tendent à s'estomper. D'autre part, la structure du marché de l'audiovisuel a évolué : elle offre une diversité d'acteurs toujours plus importante, ce qui soulève de nouvelles questions en matière de concurrence.

Au vu de ces faits nouveaux, l'ensemble des parties prenantes se sont légitimement demandé si la démarche réglementaire choisie dans la Directive SMAV restait adaptée à ce nouveau paysage médiatique en pleine convergence ou s'il convenait de la moderniser afin de poursuivre la réalisation des objectifs de politique publique en matière audiovisuelle. La Commission s'est intensément penchée sur ses questions au cours de ces dernières années, en procédant à plusieurs évaluations et consultations à propos de la Directive SMAV à partir de 2013, et a ainsi été en mesure de présenter le 25 mai 2016 une proposition de modification de la Directive SMAV. Ce chapitre tiendra compte aussi bien des activités préparatoires que des principales modifications envisagées par la Commission.

6.1. Les activités d'évaluation et de consultation relatives à la Directive SMAV

6.1.1. La Commission européenne

En 2013, la Commission européenne a publié le Livre vert « Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent : croissance, créations et valeurs »¹⁶⁹ et a invité les parties prenantes à partager leurs points de vue sur la transformation du paysage médiatique et l'absence de frontières sur internet, tout particulièrement en ce qui concerne les exigences du marché, l'interopérabilité et l'infrastructure, ainsi que leurs répercussions sur la réglementation de l'Union européenne.

Parmi les questions soulevées dans le Livre vert, la Commission a demandé aux intervenants s'ils estimaient ou non qu'une distinction réglementaire entre les services linéaires et non linéaires se justifie dans un environnement médiatique en pleine convergence. Elle s'est également

¹⁶⁹ https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/convergence_green_paper_fr_0.pdf.



interrogée sur la nécessité d'adapter la définition de fournisseur de services de médias audiovisuels et/ou le champ d'application de la Directive SMAV, afin de soumettre à certaines ou à toutes les obligations énoncées par la directive les fournisseurs de services qui ne relèvent actuellement pas de son champ d'application, ou sur l'existence d'autres moyens de protéger ces valeurs, comme l'autorégulation ou la corégulation. La Commission a par ailleurs recueilli les points de vue des professionnels du secteur sur l'impact d'une modification de l'approche retenue par la réglementation audiovisuelle au sujet du principe du pays d'origine et, par conséquent, sur le marché unique. Elle a par ailleurs soumis au débat la question de la relation entre les dispositions de la Directive SMAV et de la directive sur le commerce électronique dans un paysage audiovisuel de plus en plus convergent.

Aucune tendance nette ne ressort toutefois des réponses au sujet des options politiques à privilégier. Certains répondants préconisaient d'étendre le champ d'application de la directive de manière à ce qu'il englobe les services qui ne relèvent pas de la définition donnée par la directive et/ou de son champ d'application géographique. D'autres mettaient en garde contre cet élargissement du champ d'application et soutenaient que cette démarche n'était pas justifiée et qu'elle serait au contraire préjudiciable à l'innovation. De nombreux répondants ont par ailleurs envisagé la question de l'autorégulation et de la corégulation comme une éventuelle solution progressiste.

Des inquiétudes ont notamment été exprimées au sujet de l'approche à deux niveaux à propos de la protection des mineurs ; de nombreux répondants remettaient en cause le statu quo, sans qu'aucun consensus véritable n'émerge des réponses données¹⁷⁰.

Plus récemment, la révision de la Directive SMAV a été intégrée comme une question prioritaire essentielle de la Stratégie pour un marché unique numérique, comme le précise la Commission dans sa Communication « Une stratégie pour un marché unique numérique en Europe », adoptée en mai 2015¹⁷¹. La Commission a annoncé dans le cadre de cette stratégie qu'elle examinera l'efficacité des dispositions actuellement en vigueur et « procédera au réexamen de la directive sur les services de médias audiovisuels en mettant l'accent sur son champ d'application et sur la nature des règles applicables à tous les acteurs du marché, notamment les mesures ayant trait à la promotion des œuvres européennes, des règles relatives à la protection des mineurs et des règles en matière de publicité ».

6.1.2. Le Conseil de l'Union européenne

Le Conseil a également pris une part active au débat sur la révision de la Directive SMAV. Ainsi, les conclusions de la présidence italienne du Conseil de l'Union européenne invitaient en 2014 la Commission « [à] achever d'urgence l'évaluation de la directive sur les services de médias audiovisuels, eu égard aux mutations rapides des technologies et du marché résultant du passage au numérique, et, sur la base de cette évaluation, à présenter une proposition appropriée de révision de cette directive dans les meilleurs délais et dans le respect du principe de subsidiarité »¹⁷².

¹⁷⁰ Pour de plus amples informations sur les résultats du Livre vert, voir le document consacré aux contributions reçues et la synthèse des réponses publiés par la Commission en septembre 2014 (en anglais),

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/publication-summaries-green-paper-replies>.

¹⁷¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour un marché numérique unique en Europe, COM/2015/0192 final, 6 mai 2015, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>.

¹⁷² www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/educ/145950.pdf.



6.1.3. Le Parlement européen

Le Parlement européen a quant à lui adopté de sa propre initiative deux rapports consacrés à la révision de la Directive SMAV. Le premier de ces rapports, « Télévision connectée »¹⁷³, a été adopté en juillet 2013 : il souligne que la convergence technologique des médias est désormais une réalité, en particulier pour la radiodiffusion et internet, et que la politique européenne des médias, de la culture et des réseaux doit adapter le cadre réglementaire aux nouvelles réalités et garantir la possibilité d'établir et d'appliquer un niveau de réglementation uniforme.

Le Parlement européen estime que les évolutions technologiques augmentent inévitablement l'autonomie des utilisateurs mais, pour une partie, en apparence seulement, et qu'il est de plus en plus urgent de garantir la protection des droits exclusifs et de l'intégrité des contenus. Le rapport insiste sur le fait que les dispositions de la Directive SMAV ne reflètent pas encore la fusion technologique croissante, et que la réglementation graduée, sous sa forme actuelle qui opère une distinction entre la radiodiffusion télévisuelle (y compris la télédiffusion sur le web et la diffusion en flux) et les services audiovisuels à la demande, sera amenée à perdre de son importance. En effet, les services d'information et de communications font l'objet de réglementations différentes et sont disponibles sur un seul et même appareil, y compris les services qui ne relèvent pas du champ d'application de la Directive SMAV, mais de celui de la directive sur le commerce électronique. Le Parlement européen estime que cette situation peut se traduire par des conditions de concurrence inégales et des variations inacceptables en matière de protection des consommateurs.

Le deuxième rapport, adopté en mars 2014, « Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent »¹⁷⁴ appelle également à la révision de la Directive SMAV. Le Parlement européen estime que « [...] des contenus de même nature présents sur le même appareil nécessitent un cadre juridique unique, flexible et axé sur l'utilisateur et l'accessibilité, qui soit neutre sur le plan de la technologie, transparent et applicable ». Il demande à la Commission « de s'assurer que les plateformes sont exploitées dans le cadre d'une concurrence loyale respectant les conditions du marché ». Le Parlement européen invite tout particulièrement la Commission à examiner dans quelle mesure le critère de linéarité empêche que les objectifs réglementaires de la directive soient atteints dans de nombreux domaines de cet univers convergent.

6.1.4. Le Comité économique et social européen

Il convient également de mentionner l'Avis adopté par le Comité économique et social européen (CESE) en septembre 2013 sur le Livre vert « Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent : croissance, création et valeurs »¹⁷⁵. Le CESE demande également à la Commission de réaliser une analyse d'impact afin d'apprécier, au vu de l'évolution de l'ensemble des services de

¹⁷³ Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2013 sur la télévision hybride (télévision connectée), Rapporteuse Petra Kammerevert (Groupe de l'Alliance progressiste des socialistes et démocrates), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0212+0+DOC+XML+V0//FR>.

¹⁷⁴ Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la préparation à un monde audiovisuel totalement convergent, Rapporteuse Sabine Verheyen (PPE), www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0232&language=EN&ring=A7-2014-0057.

¹⁷⁵ Comité économique et social européen, « Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent : croissance, création et valeurs » (Livre vert), www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.ten-opinions.28469.



médias audiovisuels accessibles aux citoyens européens, si le champ d'application de la Directive SMAV est toujours pertinent.

6.1.5. Les initiatives parallèles

Un certain nombre d'initiatives parallèles annoncées dans le cadre de la Stratégie pour un marché unique numérique en l'Europe sont également potentiellement pertinentes pour la révision de la Directive SMAV, dont certaines étaient déjà en cours en 2015 :

- une réforme du cadre réglementaire de l'Union européenne applicable aux communications électroniques au moyen de propositions de la Commission qui seront présentées en 2016 et qui visent, notamment, à assurer la protection des consommateurs et un niveau de concurrence équitable pour les opérateurs du marché ;
- une réforme du droit d'auteur afin de garantir un meilleur accès au contenu numérique au moyen de propositions législatives de la Commission, qui seront soumises au printemps 2016¹⁷⁶ ;
- une vaste analyse du rôle joué par les plateformes et les intermédiaires en ligne, au moyen d'une consultation publique¹⁷⁷ qui a été menée entre septembre 2015 et janvier 2016. Cette consultation avait pour ambition de mieux comprendre le rôle social et économique des plateformes, les tendances du marché, la dynamique de l'évolution des plateformes et les différents modèles commerciaux qui caractérisent ces plateformes. Selon les premières tendances observées¹⁷⁸, les fournisseurs de services de l'économie collaborative, les plateformes et les pouvoirs publics privilégient comme réponse politique davantage d'éléments d'orientation et une meilleure information sur l'application des dispositions existantes. Les fournisseurs de services « traditionnels » qui continuent à exercer l'essentiel de leurs activités sans véritablement s'impliquer dans les plateformes en ligne sont favorables à l'adoption de nouvelles dispositions applicables à l'économie collaborative. La Commission a annoncé que d'ici au printemps 2016, elle publiera un rapport complet sur le rôle joué par les plateformes en ligne et les intermédiaires en ligne ;
- une consultation publique¹⁷⁹ sur la directive Satellite et câble¹⁸⁰ a été lancée par la Commission au cours de l'automne 2015, afin d'évaluer la nécessité de prendre de nouvelles mesures pour garantir un meilleur accès transfrontalier en Europe aux services des radiodiffuseurs.

¹⁷⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur, 9 décembre 2015, COM(2015) 626 final, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/FR/1-2015-626-FR-F1-1.PDF>.

¹⁷⁷ Consultation publique sur l'environnement réglementaire concernant les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage, ainsi que l'économie collaborative, du 24 septembre 2015 au 6 janvier 2016, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>.

¹⁷⁸ <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/first-brief-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries>.

¹⁷⁹ Consultation sur la révision de la Directive Satellite et câble 93/83/CEE, du 24 août 2015 au 16 novembre 2015, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/consultation-review-eu-satellite-and-cable-directive>.

¹⁸⁰ Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993.



6.2. Un cadre réglementaire applicable aux médias du 21^e siècle

6.2.1. Le programme REFIT

La Commission avait annoncé dans sa Stratégie pour un marché unique numérique de l'Union européenne et son Programme de travail pour 2015¹⁸¹ qu'elle présenterait en 2016 une proposition visant à examiner le champ d'application de la directive et la teneur des dispositions applicables à l'ensemble des acteurs du marché. La Commission avait par conséquent lancé en 2015 une évaluation générale de la Directive SMAV au moyen du nouveau Programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT)¹⁸². Le processus d'évaluation du programme REFIT a pour objectif de recenser les charges, les lacunes et les mesures inefficaces ou inefficaces, ainsi que les possibilités de simplifier ou d'abroger la réglementation en vigueur.

Ainsi, dans le cadre de ce programme, la Commission a lancé au cours de l'été 2015 une consultation publique sur la Directive 2010/13/UE « relative aux services de médias audiovisuels (Directive SMAV) – Un cadre pour les médias du 21^e siècle »¹⁸³. Avec cette nouvelle consultation, la Commission a sollicité les observations des parties prenantes sur le fonctionnement et les répercussions de la Directive SMAV, ainsi que sur les mesures stratégiques à envisager pour l'avenir de la directive. Pour ce qui est du champ d'application de la directive, les premières tendances générales¹⁸⁴ révèlent une convergence d'opinions quant à la nécessité d'apporter un certain nombre de modifications aux dispositions en vigueur.

6.2.2. Le Groupe des régulateurs européens des services de médias audiovisuels (ERGA)

La Commission compte notamment sur le Groupe des régulateurs européens des services de médias audiovisuels (ERGA)¹⁸⁵ pour obtenir, dans le cadre du programme REFIT, les contributions des autorités réglementaires nationales. Selon un rapport sur la compétence matérielle de la Directive SMAV publié par un sous-groupe de l'ERGA présidé par l'Ofcom (Royaume-Uni), plusieurs recommandations ont été soumises à la Commission en janvier 2016 au sujet de la manière dont la Directive SMAV devrait évoluer¹⁸⁶. Le rapport en question identifie deux principales questions qu'il

¹⁸¹ Annexe 3 à la Communication COM (2014)910 final du 16 décembre 2014, http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_refit_actions_fr.pdf.

¹⁸² Pour de plus amples informations sur le processus REFIT, voir la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Pour une réglementation de l'UE bien affûtée », COM(2012) 746 final, 12 décembre 2012, http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2013_fr.pdf, ainsi que le document de travail des services de la Commission, « Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT): Initial Results of the Mapping of the Acquis », SWD(2013) 401 final, 1^{er} août 2013 (en anglais), http://ec.europa.eu/smart-regulation/docs/reg_fitn_perf_prog_en.pdf.

¹⁸³ Commission européenne, Consultation sur la Directive 2010/13/UE relative aux services de médias audiovisuels (Directive SMAV) – Un cadre pour les médias du 21^e siècle, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-directive-201013eu-audiovisual-media-services-avmsd-media-framework-21st>.

¹⁸⁴ Cette consultation publique a donné lieu à un total de 434 réponses.

¹⁸⁵ L'ERGA a été créé le 3 février 2014 par décision de la Commission européenne. Le Groupe conseille et assiste la Commission afin d'assurer une mise en œuvre cohérente de la Directive SMAV à l'heure de la convergence. Le Groupe est composé des présidents des autorités de régulation nationale des Etats membres de l'UE dans le domaine des services de médias audiovisuels. Le Liechtenstein, la Norvège, la Plateforme européenne des instances de régulation (EPRA) et l'Observatoire européen de l'audiovisuel sont également conviés en qualité d'observateurs. L'ERGA coexiste avec d'autres réseaux de coopération dont les objectifs et le mode de fonctionnement sont complémentaires, le plus important d'entre eux étant l'EPRA, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/commission-decision-establishing-european-regulators-group-audiovisual-media-services>.

¹⁸⁶ http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?action=display&doc_id=13287.



importe d'aborder dans les discussions politiques sur le champ d'application matériel de la directive, à savoir : les types de services relevant de la Directive SMAV et les critères utilisés pour déterminer la « responsabilité éditoriale » ; et les dispositions qui devraient s'appliquer à ces services.

Pour ce qui est des services auxquels la directive s'applique, l'ERGA préconise de revoir les critères cumulatifs actuellement énoncés par la Directive SMAV¹⁸⁷, qui visent à déterminer si un service donné doit être considéré comme un service de médias audiovisuels à la demande réglementé. Les régulateurs des médias de l'Union européenne estiment qu'avec le développement de services nouveaux et innovants proposant des contenus audiovisuels, ainsi que la présence de nouveaux intermédiaires dans la chaîne de distribution à la demande¹⁸⁸, il est à présent encore plus difficile de déterminer quels services relèvent du champ d'application de la directive et d'appliquer le critère de service « comparable à de la télévision ».

L'ERGA invite par ailleurs la Commission à revoir et à préciser la notion d'« objet principal » d'un service dans la Directive SMAV, qui pourrait en effet se révéler problématique dans le cadre d'une offre de nouveaux services hybrides en ligne.

Il estime en outre que les notions de « responsabilité éditoriale » et de « contrôle effectif » (considérant 25 de la Directive SMAV) mériteraient des éclaircissements supplémentaires au moyen de lignes directrices, notamment lorsque plus d'une personne exerce un certain contrôle éditorial sur l'offre d'un service de médias audiovisuels à la demande.

Enfin, les régulateurs européens ont également souligné le rôle joué par les plateformes audiovisuelles et invitent la Commission à procéder à une évaluation complète du rôle de ces plateformes et à s'interroger sur la nécessité ou non d'élaborer un nouvel ensemble de dispositions spécifiquement applicables aux plateformes audiovisuelles.

L'ERGA préconise d'une manière générale que tout nouveau critère et/ou lignes directrices de la Commission qui viseraient à étendre le champ d'application de la Directive SMAV et à imposer une réglementation spécifique aux fournisseurs de services de médias, ne soient permis que pour les services audiovisuels qui ont une véritable importance pour la société et la démocratie, et si les conditions de concurrence deviennent plus équitables. En outre, toute extension du champ d'application de la Directive SMAV devrait tenir compte, d'une part, du fait qu'un « nouveau » service peut déjà relever d'un autre cadre réglementaire, par exemple la directive sur le commerce électronique, et, d'autre part, des points de jonction entre ces différents cadres réglementaires.

En ce qui concerne le niveau de réglementation exigé, l'environnement convergent dans lequel nous évoluons soulève la question de la nécessité de l'approche réglementaire graduelle prévue par la Directive SMAV, qui repose sur le mode de fourniture d'un service. Tout d'abord, le critère du contrôle exercé par l'utilisateur sur le contenu est discutable, puisqu'un même contenu peut désormais être accessible à partir de différentes plateformes et que différents types de services de médias sont accessibles au moyen d'une même interface. Deuxièmement, le critère d'évaluation de l'impact des services de VoD sur la société (considérant 58 de la Directive SMAV) semble désormais obsolète dans le contexte actuel de consommation accrue de services de VoD. Enfin, sur le plan de la concurrence, la place de plus en plus importante qu'occupent les services de médias

¹⁸⁷ La fourniture d'un « programme comparable à de la télévision », l'« objet principal » du service, ainsi que la définition d'un fournisseur de services de médias et sa responsabilité éditoriale.

¹⁸⁸ Selon le rapport ERGA, les nouveaux services englobent : les services « de médias mixtes » qui combinent des éléments de diffusion en direct et/ou des services à la demande proposant d'autres contenus, comme des archives photographiques ou des archives de documents écrits ; les services « hybrides », qui combinent des éléments de contenus linéaires et non linéaires diffusés ; les plateformes ouvertes de partage en ligne, qui combinent des formats courts de contenus générés par les utilisateurs et/ou des services classiques de radiodiffusion ; ou la fourniture de contenus « over the top » (OTT).



audiovisuels à la demande renforce d'autant la nécessité de parvenir à un niveau de concurrence équitable entre l'ensemble des acteurs du secteur.

6.3. La proposition de modification de la Commission du 25 mai 2016

Le 25 mai 2016, la Commission européenne a publié sa proposition de modification de la Directive SMAV¹⁸⁹. Comme elle le précise dans son communiqué de presse, le principal objectif de cette proposition consiste à :

« parvenir à un meilleur équilibre des règles qui s'appliquent aujourd'hui aux organismes traditionnels de radiodiffusion télévisuelle, aux fournisseurs de vidéos à la demande et aux plateformes de partage de vidéos, notamment lorsqu'il s'agit de protéger les enfants. La version révisée de la directive SMAV renforce également la promotion de la diversité culturelle européenne, garantit l'indépendance des autorités de régulation de l'audiovisuel et offre une plus grande souplesse aux organismes de diffusion en matière de publicité »¹⁹⁰.

Les principales modifications portent sur les points suivants :

- le champ d'application : outre la suppression du critère de service « comparable à de la télévision », les plateformes de partage de vidéo relèvent, dans une certaine mesure, du champ d'application de la directive ;
- le pays d'origine : ce principe est conservé, les obligations en matière de transparence sont renforcées et la procédure de détermination de la compétence est simplifiée ;
- la protection des mineurs : l'approche réglementaire à deux niveaux est remplacée par des règles communes applicables aux contenus « susceptibles de nuire à leur épanouissement [...] » et des mesures spéciales doivent être mises en place pour les contenus les plus préjudiciables ;
- l'incitation à la haine : les motifs au titre desquels le discours de haine est interdit sont renforcés ;
- les œuvres européennes : les obligations faites aux radiodiffuseurs sont maintenues et celles applicables aux services non linéaires sont renforcées, notamment en ce qui concerne les pays ciblés ;
- les communications commerciales : les règles sont assouplies, mais les codes déontologiques en matière d'autorégulation et de corégulation font dans le même temps l'objet d'un renforcement ;
- les instances de régulation de l'audiovisuel : le principe d'indépendance est reconnu et l'ERGA jouera à l'avenir un rôle plus important, notamment pour l'évaluation de la compétence et l'adoption des codes déontologiques de l'Union européenne.

¹⁸⁹ Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché, 25 mai 2016, COM (2016) 287, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-updated-audiovisual-media-services-directive>.

¹⁹⁰ Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission met à jour la réglementation de l'UE dans le domaine de l'audiovisuel et présente une approche ciblée des plateformes en ligne », 25 mai 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1873_fr.htm.



Les paragraphes suivants offrent un bref aperçu des modifications les plus pertinentes du champ d'application de la Directive SMAV.

6.3.1. Quelles modifications seront apportées au champ d'application matériel de la Directive SMAV révisée ?

Comme nous l'avons déjà précisé, la proposition de modification de la Directive SMAV prévoit la révision de critères habituellement utilisés pour définir les services de médias audiovisuels, tels que « l'objet principal » de la fourniture de programmes ou le critère de service « comparable à de la télévision », afin de les adapter au nouveau contexte. Par ailleurs, d'autres notions utilisées pour limiter le champ d'application de la Directive SMAV, comme la « responsabilité éditoriale », font l'objet d'une actualisation afin qu'elle englobe de nouveaux types de services.

Plus précisément, conformément à la proposition, « *un service [...] pour lequel l'objet principal du service proprement dit ou d'une partie dissociable de ce service est la fourniture de programmes, sous la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques* » se verra reconnaître la qualité de service de médias audiovisuels (nouvel article 1.1(a)(i)). Cette définition s'applique aussi bien aux services linéaires que non linéaires.

La définition d'un « programme » est également modifiée ; elle ne mentionne désormais plus le critère de service « comparable à de la télévision ». La Commission préfère y donner des exemples concrets et intégrer les « vidéos de courte durée » à la liste déjà existante dans laquelle figurent les longs métrages, les événements sportifs, les comédies de situation, les documentaires, les programmes destinés aux enfants et les fictions originales (nouvel article 1.1. (b)).

Dans son considérant 3, la proposition précise que l'exigence relative à cet « objet principal » devrait également être présumée satisfaite « *si la forme et le contenu audiovisuel du service en cause sont dissociables de l'activité principale du fournisseur de services, par exemple des éléments autonomes de journaux en ligne proposant des programmes audiovisuels ou des vidéos créées par les utilisateurs lorsque ces éléments peuvent être considérés comme étant dissociables de l'activité principale* », en application de l'arrêt *New Media Online*¹⁹¹. La Commission exclut expressément les services de médias sociaux, sous réserve toutefois qu'ils ne fournissent pas un service susceptible de relever de la définition d'une plateforme de partage de vidéos.

En revanche, les nouveaux services qui, selon la Commission, sont exonérés de responsabilité éditoriale, entreront dans le champ d'application de la Directive SMAV. C'est le cas des services des plateformes de partage de vidéos, qui sont désormais définis par le nouvel article 1.1 (aa) comme :

« *Un service [...] qui satisfait aux exigences suivantes :*

(i) le service consiste à stocker une grande quantité de programmes ou de vidéos créées par les utilisateurs, qui ne relèvent pas de la responsabilité éditoriale du fournisseur de la plateforme de partage de vidéos ;

¹⁹¹ Voir le paragraphe 5.1.1.2. de la présente publication.



(ii) l'organisation du contenu stocké est déterminée par le fournisseur du service, à l'aide notamment de moyens automatiques ou d'algorithmes, en particulier l'hébergement, l'affichage, le balisage et le séquençement ;

(iii) l'objet principal du service proprement dit ou d'une partie dissociable de ce service est la fourniture de programmes et de vidéos créées par les utilisateurs dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public ;

(iv) le service est fourni par des réseaux de communications électroniques [...] ».

Selon la proposition de la Commission, une « vidéo créée par l'utilisateur » s'entend comme « un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément qui est créé et/ou téléchargé vers une plateforme de partage de vidéos par un ou plusieurs utilisateurs » (nouvel article 1.1.(b bis) ; un « fournisseur de plateforme de partage de vidéos » est en revanche défini comme « toute personne physique ou morale qui fournit un service de plateforme de partage de vidéos » (nouvel article 1.1 (d bis)).

Dans la pratique, la notion de « responsabilité éditoriale » semble de moins en moins pertinente pour le champ d'application matériel de la Directive SMAV, comme l'illustre le considérant 3 de la Directive SMAV modifiée :

[...] « Un service devrait être considéré comme étant simplement un complément indissociable de l'activité principale en raison des liens qui existent entre l'offre audiovisuelle et l'activité principale. À ce titre, les chaînes ou tout autre service audiovisuel sous la responsabilité éditoriale d'un fournisseur peuvent constituer en soi des services de médias audiovisuels, même s'ils sont offerts dans le cadre d'une plateforme de partage de vidéos qui se caractérise par l'absence de responsabilité éditoriale. Dans ce cas, il appartiendra aux fournisseurs ayant la responsabilité éditoriale de se conformer aux dispositions de la présente directive ».

La Commission estime qu'une part importante des contenus stockés sur les plateformes de partage de vidéos ne relèvent pas de la responsabilité éditoriale des fournisseurs de services de plateformes de partage de vidéos. Elle reconnaît toutefois que ces fournisseurs contribuent dans une certaine mesure à déterminer l'organisation des contenus, des programmes ou des vidéos créées par les utilisateurs, et que cette intervention n'est pas uniquement le fait de moyens automatisés ou d'algorithmes.

Le champ d'application géographique de la directive est également étendu, puisque la proposition de la Commission permet aux Etats membres d'imposer des contributions financières aux services à la demande établis dans d'autres Etats membres s'ils ciblent un autre pays. Dans ce cas de figure, l'Etat membre ciblé peut étendre sa compétence et englober dans son champ d'intervention le service concerné, mais la définition du service doit en tant que telle être appréciée selon les critères généraux applicables aux services de médias audiovisuels en général¹⁹².

6.3.2. Vers une autre approche réglementaire à deux niveaux

Selon la proposition de modification de la Commission, le régime à deux niveaux sera maintenu en matière de protection des mineurs, mais transféré à l'ensemble des services de médias audiovisuels

¹⁹² Voir F. J. Cabrera Blázquez, M. Cappello, C. Grece et S. Valais, « La territorialité et son impact sur le financement des œuvres audiovisuelles », IRIS Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2015.



(y compris les services linéaires et non linéaires) et aux services des plateformes de partage de vidéos.

La distinction entre un contenu « susceptible de nuire *gravement* [...] » et un contenu « *susceptible* de nuire [...] » à l'épanouissement des mineurs, ainsi que les différents régimes qui lui sont associés en fonction de la nature linéaire ou non linéaire des services concernés disparaît au profit de nouvelles normes unifiées et simplifiées applicables à l'ensemble des services de médias audiovisuels dont les programmes sont « *susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs* ». Les Etats membres prennent les mesures appropriées pour veiller à ce que des mineurs ne puissent normalement pas entendre ni voir ces programmes (nouvel article 12), indépendamment du fait que ces programmes soient diffusés sur des chaînes de télévision ou proposés par des fournisseurs de services de médias à la demande. L'autorégulation et la corégulation dans ce domaine sont fortement encouragées, même si le principe de l'harmonisation minimale permet aux Etats membres qui le souhaitent de prendre des mesures plus strictes.

Pour ce qui est des services de plateforme de partage de vidéos, la Commission impose aux Etats membres de veiller à ce que les fournisseurs de services de plateforme de partage de vidéos prennent des mesures appropriées contre les contenus préjudiciables (afin de protéger les mineurs) et les contenus visant à inciter à la violence ou à la haine (afin de protéger l'ensemble des citoyens). Cependant, conformément à cette nouvelle proposition, ces mesures devraient porter sur l'organisation du contenu et non sur le contenu en tant que tel, compte tenu de l'implication des fournisseurs dans les contenus stockés sur les plateformes de partage de vidéos. Il s'agit par conséquent d'une obligation de moyens et non de résultat. La Commission précise par ailleurs que les fournisseurs de services de plateforme de partage de vidéos continueront dans la pratique à bénéficier de l'exonération de responsabilité applicable aux services de la société de l'information, telle que prévue par la directive sur le commerce électronique, et qu'aucune nouvelle obligation de surveillance ne doit leur être imposée. La Commission encourage ainsi les Etats membres à associer ces plateformes au moyen d'un mécanisme de corégulation et propose une série de nouvelles mesures à cet effet (nouvel article 28 bis).

Contrairement au régime général appliqué aux services de médias audiovisuels, la Commission envisage une approche d'harmonisation maximale dans ce domaine (article 28a (5)). Il reste toutefois possible aux Etats membres de choisir volontairement de mettre en place des dispositions plus strictes (considérant 30) applicables aux contenus illicites :

« Afin d'assurer une approche cohérente et claire en la matière dans l'ensemble de l'Union, les Etats membres ne devraient pas être habilités à imposer aux fournisseurs de plateformes de partage de vidéos de prendre, pour protéger les mineurs contre les contenus préjudiciables et protéger l'ensemble des citoyens contre les contenus incitant à la violence ou à la haine, des mesures plus strictes que celles prévues par la présente directive. Cependant, il devrait être possible pour les Etats membres de prendre de telles mesures plus strictes lorsque ce contenu est illégal, pour autant qu'elles soient conformes aux articles 14 et 15 de la Directive 2000/31/CE, et de prendre des mesures à l'égard des contenus sur les sites internet contenant ou diffusant de la pédopornographie, comme exigé et autorisé en vertu de l'article 25 de la Directive 2011/93/UE du Parlement européen et du Conseil. Les fournisseurs de plateformes de partage de vidéos devraient également conserver la possibilité de prendre des mesures plus strictes sur une base volontaire »¹⁹³.

¹⁹³ Considérant 30 de la proposition de modification, COM (2016) 287.



En outre, l'approche réglementaire à deux niveaux, qui établit une distinction entre les services linéaires traditionnels et les services de médias audiovisuels à la demande, est conservée pour la promotion des œuvres européennes, mais l'on peut observer un certain renforcement des exigences applicables aux fournisseurs de services non linéaires ; ils devront en effet se conformer à de nouvelles obligations en matière de part minimale d'œuvres européennes et assurer leur mise en avant dans leurs catalogues (nouvel article 13.1). Les Etats membres peuvent également imposer une contribution financière à la production d'œuvres européennes et cette obligation peut également s'appliquer aux fournisseurs qui ne relèvent pas de la compétence de l'Etat en question lorsqu'il s'agit de services qui visent son public (nouvel article 13.2). Dans ce cas de figure, les contributions doivent se limiter aux recettes perçues dans l'Etat membre ciblé, dont l'identification doit se faire sur la base d'un ensemble « *d'indicateurs tels que la publicité ou d'autres actions de promotion destinées spécialement aux clients sur son territoire, la langue principale du service ou l'existence de contenus ou de communications commerciales visant spécifiquement le public de l'Etat membre de réception* » (considérant 23).

En ce qui concerne les communications commerciales audiovisuelles, cette même tendance vers une harmonisation des règles pour l'ensemble des services de médias audiovisuels s'observe par la mise en place d'une flexibilité accrue des dispositions applicables à la radiodiffusion télévisuelle.

6.4. Conclusion

De nombreuses institutions nationales et européennes travaillent à la prochaine réforme de la Directive SMAV. Les questions soulevées à cette occasion sont nombreuses : elles vont du principe du pays d'origine à l'indépendance des régulateurs nationaux, et de la protection des mineurs aux mesures de lutte contre le discours de haine. Mais la principale question demeure celle du champ d'application matériel de la directive elle-même. Cet élément est en effet crucial pour déterminer les fournisseurs de services qui seront soumis aux dispositions particulières prévues par ce texte, la principale question étant de décider comment aborder la distribution de contenus audiovisuels sur les plateformes en ligne. Les choix qui seront faits auront des répercussions directes sur la responsabilité des fournisseurs à l'égard des contenus qu'ils diffusent, qu'ils s'agissent de leurs contenus ou de ceux de tiers.

Les décideurs politiques pourront certainement se faire une idée de ce qui préoccupe les autorités nationales, sur la base des éléments d'orientation et de la jurisprudence élaborés jusqu'à présent. Certaines tendances sont déjà clairement identifiables, mais de nombreuses questions restent à régler. Si les plateformes en ligne, qui accessoirement doivent encore être définies, étaient prises en compte par la Directive SMAV, ce choix aurait probablement un impact sur le marché réel de l'audiovisuel. Certaines activités économiques, actuellement soumises au dispositif moins intrusif de la directive sur le commerce électronique, pourraient se révéler moins attrayantes, mais l'avantage ainsi acquis en termes de sécurité juridique sur l'identification de la personne responsable du contenu diffusé en ligne compenserait fortement cet inconvénient.

La proposition de modification de la Directive SMAV présentée par la Commission le 25 mai 2016 sera maintenant examinée par le Parlement européen et le Conseil. De prime abord, il semble que certains aspects du texte relatifs au champ d'application mériteraient davantage de réflexion, surtout en ce qui concerne les questions de responsabilité. Comme nous l'avons brièvement indiqué, les principales modifications portent sur :



- la nouvelle définition d'un service de médias audiovisuels, à laquelle s'ajoute une « partie dissociable de ce service », qui continue « [à relever de] la responsabilité éditoriale » d'un fournisseur de services de médias audiovisuels ;
- la nouvelle définition d'un programme, à laquelle s'ajoutent les « vidéos de courte durée » ;
- l'insertion dans son champ d'application des services de plateforme de partage de vidéos qui stockent des programmes et des vidéos créées par les utilisateurs, lesquels « ne relèvent pas de la responsabilité éditoriale » des fournisseurs de services de plateforme de partage de vidéos ;
- la définition d'une vidéo créée par l'utilisateur, c'est-à-dire une vidéo créée et/ou téléchargée vers une plateforme de partage de vidéos par les utilisateurs.

Sans préjudice des obligations découlant de la directive sur le commerce électronique, qui restent inchangées, l'ensemble des modifications prévues par la proposition de la Commission se traduirait par le modèle suivant :

Tableau 3 : La matrice de la Directive SMAV

TYPES DE SERVICES	CONTENUS DISTRIBUÉS	RESPONSABLES
Services de médias audiovisuels	Programmes (également les services dissociables et les vidéos de courte durée)	Fournisseurs de services de médias audiovisuels (responsabilité éditoriale)
Plateformes de partage de vidéos	Grande quantité de programmes et de vidéos créées par les utilisateurs (objet principal)	Fournisseurs de plateformes de partage de vidéos (obligations de moyens) et utilisateurs
Autres services de la société de l'information	Faible quantité de contenus audiovisuels (pas objet principal)	Fournisseurs au sens de la directive sur le commerce électronique (exonération de responsabilité) et utilisateurs

Source : Observatoire européen de l'audiovisuel

Le mode de fonctionnement concret de ce modèle dépendra de l'étendue de la notion de responsabilité éditoriale, compte tenu du fait que cette notion demeure la pierre angulaire de la réglementation des médias :

- tout contenu audiovisuel soumis à la responsabilité objective *ex ante* associée à la responsabilité éditoriale, relèverait du champ d'application des dispositions applicables aux services de médias audiovisuels (chapitres II et III) et
 - les services à la demande relèveraient en outre du chapitre IV,
 - la radiodiffusion télévisuelle relèverait par ailleurs des chapitres V à IX ;
- les plateformes de partage de vidéos seraient exonérées de toute responsabilité éditoriale et uniquement soumises à l'obligation de moyens prévue par les dispositions d'harmonisation maximale du chapitre IX.



Comme il n'est pas facile de définir tous les services et que certains d'entre eux devront faire l'objet d'une nouvelle appréciation au fil du temps, dans la mesure où leur nature pourrait être amenée à changer, ce modèle s'accompagnerait d'un certain nombre d'incertitudes quant aux dispositions applicables, ce qui n'est pas idéal en cas de restrictions à la liberté d'expression.

Un autre problème se pose, celui de la définition concrète des obligations faites aux plateformes de partage de vidéos. La proposition impose aux plateformes de partage de vidéos l'obligation de « prendre des mesures appropriées » dans les domaines de la protection des mineurs et de l'incitation à la violence ou à la haine et définit les critères d'évaluation de l'adéquation de ces mesures, dont elle donne également une liste à titre d'exemple. Il convient de mettre en place ces mesures au moyen de mécanismes de corégulation, qui ne sont pas obligatoires, mais recommandés. Il appartient ensuite aux instances nationales de régulation de l'ERGA de vérifier si les mesures prises par les plateformes de partage de vidéos sont appropriées ou non et de veiller à leur application.

Le fonctionnement concret de cette vérification dépendra sans doute d'une étroite coopération entre l'ensemble des parties prenantes, qui devront désormais examiner ensemble ces questions sous un angle totalement différent.

