



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



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

**A vos marques,
prêts... partez ?**

**La Directive Services
de médias audiovisuels**

IRIS
Spécial

IRIS Spécial :

A vos marques, prêts... partez ?

La Directive Services de médias audiovisuels

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2009

ISBN : 978-92-871-6664-7

Prix : 89 EUR

Directeur de la publication :

Wolfgang Closs, Directeur exécutif de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

E-mail : wolfgang.closs@coe.int

Éditrice et coordonnatrice :

Susanne Nikoltchev, LL.M. (Florence/Italie, Ann Arbor/MI)

Responsable du département Informations juridiques

E-mail : susanne.nikoltchev@coe.int

Institution partenaire ayant collaboré à l'ouvrage :



Institut du droit européen des médias (EMR)

Franz-Mai-Straße 6

D-66121 Saarbrücken

Tél. : +49 (0) 681 99 275 11

Fax : +49 (0) 681 99 275 12

www.emr-sb.de

Assistante éditoriale :

Michelle Ganter

E-mail : michelle.ganter@coe.int

Marketing :

Markus Booms

E-mail : markus.booms@coe.int

Traduction/Relecture :

Véronique Campillo, Katherina Corsten, France Courrèges, Aurélie Courtinat, Michael Finn, Sabina Gorini, Paul Green, Bernard Ludewig, Marco Polo Traductions, Manuella Martins, Nadja Ohlig, Stefan Pooth, Patricia Priss, Erwin Rohwer, Nathalie Sturlèse, Anne-Lise Weidmann

Photocomposition :

Pointillés, Hoenheim (France)

Impression :

Conseil de l'Europe, Strasbourg (France)

Éditeur :

Observatoire européen de l'audiovisuel

76 Allée de la Robertsau

F-67000 Strasbourg

Tél. : +33 (0)3 90 21 60 00

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

E-mail : obs@obs.coe.int

www.obs.coe.int

Veillez citer cette publication comme suit :

Susanne Nikoltchev Ed., IRIS Spécial : A vos marques, prêts... partez ? – La Directive Services de médias audiovisuels (Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2009)

© Observatoire européen de l'audiovisuel, 2009.

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.

A vos marques, prêts... partez ?

**La Directive Services
de médias audiovisuels**

A vos marques, prêts... partez ?

La Directive Services de médias audiovisuels

Publié par l'Observatoire européen de l'audiovisuel

S'il fallait comparer la transposition d'une directive communautaire à une compétition, ce serait à une course entre législateurs nationaux à qui présentera les meilleures dispositions nationales. Pour déterminer quel est le « meilleur » droit national, divers critères peuvent être pris en compte : par exemple, les intérêts du législateur, les destinataires de la réglementation, les intérêts à protéger, la société, ou, et peut-être au premier chef dans le contexte communautaire, l'utilité pour le marché intérieur communautaire. Ces différents intérêts ne constituent cependant qu'un aspect de la présente publication. Il y est aussi question des moyens permettant la transposition de la directive, c'est-à-dire du choix et des caractéristiques du modèle de réglementation retenu, ainsi que des étapes concrètes conduisant à la mise en pratique du texte, puis à une évaluation ultérieure. Autant d'aspects tout aussi décisifs dans la qualité de chaque législation nationale.

Une meilleure compréhension des objectifs de la directive : les intérêts à protéger

Les considérants de la directive sur les services de médias audiovisuels mentionnent de nombreux intérêts que la directive entend servir en imposant un tel cadre juridique communautaire. Dès le premier considérant, le texte évoque les conditions de compétitivité et de sécurité juridique pour les entreprises et les services européens dans le domaine des technologies de l'information et des médias, ainsi que la préservation d'intérêts (publics) tels que la diversité culturelle et linguistique. D'autres considérants se réfèrent à la situation des petites et moyennes entreprises, ou soulignent l'intérêt pour la collectivité de promouvoir le droit à l'information, le pluralisme des médias, la protection des mineurs et des consommateurs, ainsi que l'élévation du niveau de connaissance et de formation du public en matière de médias. Ces intérêts sont à considérer dans le contexte plus global de la numérisation qui a, d'une part, donné naissance – et continue à le faire – à de nouvelles offres de services, mais qui rend nécessaire, d'autre part, la révision de la réglementation existante.

Cet IRIS *Spécial* comporte d'innombrables informations sur la façon dont les solutions adoptées au niveau national tiennent compte de ces différents intérêts, notamment en ce qui concerne la réglementation des services non linéaires, mais aussi les domaines pour lesquels les dispositions nationales pourront être assouplies à l'avenir. La présente publication répond à des questions telles que :

- Quelles sont les approches disponibles pour promouvoir la diversité culturelle ?
- Quelles sont les protections possibles contre les discours d'incitation à la haine raciale et les autres contenus interdits, et quelles sont les protections, notamment pour les mineurs utilisateurs de services de médias audiovisuels ?
- Quelles seront à l'avenir les limites fixées à la publicité ?
- Que vont décider les États membres en termes de placement de produits ?
- Qu'advient-il du droit à diffuser de courts reportages d'actualité ?

Modèle et organisation pour la transposition de la directive

Le deuxième critère, concernant la qualité des législations nationales, consiste en une évaluation de la compréhensibilité, de l'acceptation, de l'applicabilité et de l'efficacité des solutions retenues.

L'applicabilité et l'efficacité dépendent partiellement du degré de flexibilité dont peut faire preuve une solution face à des évolutions futures, et de la façon dont elle s'insère dans le cadre juridique national. Contrairement aux dispositions de la directive, le droit national doit pouvoir s'adapter et s'appliquer à des cas concrets. C'est pourquoi les directives sont avant tout le reflet de compromis et doivent manier des concepts généraux, des définitions larges et des objectifs à la formulation générale. Le choix des moyens pour transposer ces objectifs n'est pas seulement une prérogative des États membres ; il impose également un niveau d'exigences élevé au processus de transposition. De ce fait, la mise en œuvre des prescriptions générales dans le droit national est une question aussi intéressante qu'ardue.

- Comment les États membres tiennent-ils compte de ce critère ?
- Comment parviennent-ils à transposer les concepts prescrits par le droit communautaire, tels que la différenciation entre services linéaires et non linéaires, et à les intégrer au droit en vigueur relatif aux médias ?
- Comment définissent-ils la responsabilité éditoriale ?
- Sur quels critères s'appuyer pour définir si une émission vante trop fortement les mérites d'un produit ?

Concernant le choix de l'approche réglementaire, la directive suggère explicitement le recours à la co-régulation.

- Quels sont les domaines pour lesquels cette forme de régulation a réellement un avenir dans les États membres ?
- Comment est-elle organisée ?
- Dans quelles circonstances et pour quelle raison une loi parlementaire peut-elle être la meilleure solution ?
- Quel doit être le degré de détail de la législation ?
- Pour quels cas et dans quelle mesure la réglementation de questions particulières ou d'ensembles de questions est-elle déléguée à des autorités de régulation (indépendantes) ?
- De quels droits de consultation ou de participation disposent les citoyens, ainsi que les représentants des intérêts du secteur, dans les différentes approches réglementaires ?

Afin de transposer la directive, il faut enfin également trancher certaines questions d'organisation. Il s'agit par exemple de fixer les règles et mécanismes permettant la coopération des différents décideurs ou le suivi du respect de la législation.

- La coopération est-elle effective ?
- Qui coopère avec qui ?
- Qui contrôle la transposition et le respect des règles au cas par cas ?

Les solutions trouvées dans ce domaine jouent également un rôle important dans la qualité de la transposition de la directive.

Dernières informations sur l'état du processus

Le présent IRIS *Spécial* présente les premières réponses apportées aux différentes questions qui se posent, d'abord pour la transposition de la directive, et ensuite pour l'application des solutions retenues. Ces informations permettent tout d'abord au lecteur de suivre l'avancée de la transposition de la Directive sur les services de médias audiovisuels, qui doit être achevée au 19 décembre 2009. Par ailleurs, il pourra distinguer les points qui, à l'expiration de ce délai, nécessiteront vraisemblablement des clarifications et de nouvelles interventions. Enfin, il sera sensibilisé aux intérêts qui peuvent entrer en conflit dans certains cas concrets. Pour tous ces domaines, ce numéro d'IRIS *Spécial* énonce des faits et propose une orientation. L'évaluation de l'issue de cette « course » à la meilleure transposition de la directive est laissée à l'appréciation du lecteur – à vous, donc.

L'une des difficultés propres à cet IRIS *Spécial* réside dans le fait que le délai de transposition n'est pas encore arrivé à son terme à la date où nous bouclons ce numéro, même si quelques États ont déjà procédé à l'adaptation de leur cadre juridique. Si l'on prenait pour critère la rapidité de la transposition, la photo-finish donnerait sans conteste la Roumanie vainqueur. Il reste à voir si le choix de la Roumanie d'une transposition pratiquement littérale de la directive remplit de façon satisfaisante les objectifs fixés. Entre-temps, d'autres États ont transposé le texte, partiellement ou dans son intégralité. Ainsi, dans la Communauté flamande de Belgique, un *Decreet betreffende radio-omroep en televisie* (Décret relatif à la radiodiffusion et à la télévision) a été adopté le 27 mars 2009, suivant ainsi l'exemple de la Communauté française de Belgique, laquelle avait déjà procédé à la transposition de la directive en février. En juin 2009, le Luxembourg a transposé en droit national les règles concernant la publicité, le parrainage, le téléachat

et l'auto-promotion. Dès demain, d'autres pays pourraient les rejoindre. C'est pourquoi nous attirons votre attention sur le fait que la plupart des articles composant cet IRIS *Spécial* ont été rédigés fin février 2009.

Les pays dans lesquels la procédure de transposition n'est pas encore achevée ont également connu quelques évolutions potentiellement intéressantes au regard des questions qui nous intéressent ici. Ainsi, le 18 juin 2009, la proposition d'une nouvelle loi sur la radiodiffusion est passée devant le Parlement irlandais ; elle est désormais entre les mains du Sénat qui doit se prononcer à son sujet. Un projet de loi a été présenté au Parlement néerlandais. Le Gouvernement des Pays-Bas achèvera la transposition de la directive au plus tard au 19 décembre 2009. En Allemagne, le projet de 13^e Traité portant modification du traité inter-Länder sur la radiodiffusion a fait l'objet d'un débat au sein de la Conférence des chefs de gouvernement des Länder et a rencontré une large approbation. Il a toutefois été impossible de parvenir à un consensus sur la question de savoir si le placement de produits à titre gratuit resterait autorisé pour les radiodiffuseurs de service public. De ce fait, la décision finale concernant le traité inter-Länder ne devrait être prise qu'en octobre au plus tôt. Le Parlement italien débat au sujet d'un projet de loi communautaire (*legge comunitaria*) qui autoriserait le gouvernement à promulguer dans les 12 mois un décret portant transposition de la directive. Comme nous le rapportons dans le présent IRIS *Spécial*, la France a pris un peu d'avance sur l'Italie, avec sa loi du 5 mars 2009. Celle-ci fixe les principes de la transposition dans leurs grandes lignes et reporte à de futurs décrets le détail de la réglementation. Cependant, il n'y a à ce jour pas de calendrier concret ni de projet de décret. La Grande-Bretagne parachève actuellement un projet de *AVMS Directive (implementation) Regulations* (règlement d'application de la Directive SMAV) qui confiera à terme à l'Ofcom (l'autorité nationale de réglementation de la radiodiffusion) les aspects concrets de la transposition. Au Danemark, une consultation doit avoir lieu à la fin de l'été. Un projet de loi pourrait ensuite être présenté au parlement début octobre. Dans quelques pays enfin, comme en Espagne, aucune action particulière n'a été rapportée. La Hongrie en est encore au stade de la réflexion globale. Si un projet de loi visant à transposer la directive a été présenté au Parlement début juin, celui-ci n'obtiendra cependant pas, selon toute vraisemblance, le soutien nécessaire des deux tiers des parlementaires ; le processus de transposition n'en est donc encore qu'à ses débuts.

Aucune de ces récentes évolutions ne modifie le fond des informations et des analyses contenues dans la présente publication. C'est une façon de confirmer que cet IRIS *Spécial* aborde des questions fondamentales qui occuperont encore longtemps le secteur de l'audiovisuel.

Structure et genèse de la présente publication

Cet IRIS *Spécial* aborde 14 thèmes en 14 chapitres distincts, dont chacun contribue à une meilleure compréhension de la directive et de ses exigences en matière de transposition dans le droit national. Ces chapitres recèlent d'innombrables données, exemples et analyses – des informations dont l'intérêt va bien au-delà de la seule date de transposition dans le droit national. Douze de ces articles ont été présentés lors d'un atelier et ont ensuite fait l'objet d'un débat. Cet échange d'opinions et d'informations a à son tour été synthétisé dans un compte rendu de l'atelier. Ce dernier forme un chapitre supplémentaire qui précède les différents articles. Deux articles ont été rédigés *a posteriori*, en complément pour cet IRIS *Spécial*, car l'importance des questions qu'ils abordent avait été mise en évidence au cours de l'atelier.

Avec cet IRIS *Spécial*, c'est la neuvième fois que les résultats d'un tel atelier sont présentés sous la forme d'une publication passionnante et au cœur de l'actualité. Lors de l'atelier qui a fourni la matière de cette publication, l'Observatoire et son partenaire, l'Institut du droit européen des médias (EMR), avaient sélectionné et invité un petit cercle d'experts venus de différents pays. Nous tenons donc à remercier tout particulièrement l'EMR, qui a consacré de nombreuses heures à la planification commune et la réalisation de cet atelier, et qui s'est montré un hôte exceptionnel. En outre, c'est le personnel de l'EMR qui a assuré le compte rendu de l'atelier et apporté son soutien à l'Observatoire pour le travail éditorial. Nous n'aurions pas non plus pu nous passer du soutien de tous les participants à l'atelier et au premier chef, bien sûr, de celui des auteurs des articles. Ces derniers n'ont pas faibli, malgré un travail rédactionnel et un processus de traduction qui a duré plusieurs mois. Profitez donc des connaissances et des échanges d'idées de tous les auteurs de cet IRIS *Spécial*.

Strasbourg, le 22 juin 2009

Wolfgang Closs
Directeur exécutif

Susanne Nikoltchev
Responsable du département Informations juridiques

Liste des personnes ayant contribué à cette publication

ANGELOPOULOS Christina	Institut du droit de l'information (IViR)	Pays-Bas
ARENA Amedeo	Università degli Studi di Napoli « Federico II »	Italie
BOTELLA Joan	Universitat Autònoma de Barcelona	Espagne
BRON Christian	Institut du droit européen des médias (EMR)	Allemagne
CABRERA BLÁZQUEZ Francisco Javier	Observatoire européen de l'audiovisuel	France
CASTENDYK Oliver	Erich Pommer Institut	Allemagne
CLOSS Wolfgang	Observatoire européen de l'audiovisuel	France
COQUET Martine	Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)	France
ECONOMOU Alexandros	National Council for Radio and Television (NCRTV)	Grèce
FELL Johanna E.	Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM)	Allemagne
FURNÉMONT Jean-François	Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)	Belgique
GRAY Oliver	European Advertising Standards Alliance	Belgique
JOLY Emmanuel	UE – DG Société de l'information et médias	Belgique
KAMINA Pascal	Université de Poitiers	France
KRIEPS Tom	Conseil national des programmes (CNP)	Luxembourg
LENGYEL Mark	Körmendy-Ékes & Lengyel Consulting	Hongrie
MACHET Emmanuelle	EPRA	France
MALIUKEVICIUS Nerijus	Radio and Television Commission (RTK)	Lituanie
MASTROIANNI Roberto	Università degli Studi di Napoli « Federico II »	Italie
MELLAKAULS Andris	National Broadcasting Council (NRTP)	Lettonie
MÖWES Bernhard	Bundeskulturministerium	Allemagne
NIKOLTCHEV Susanne	Observatoire européen de l'audiovisuel	France
RADECK Bernd	Saarländischer Rundfunk (SR)	Allemagne
RITTLER Robert	Gassauer-Fleissner Rechtsanwälte GmbH	Autriche
SANDFELD JAKOBSEN Søren	Copenhagen Business School	Danemark
SCHENK Oliver	UE – DG Société de l'information et médias	Belgique
SCHEUER Alexander	Institut du droit européen des médias (EMR)	Allemagne
TUMELTY Margaret	Broadcasting Commission of Ireland (BCI)	Irlande
VALCKE Peggy	Katholieke Universiteit Leuven	Belgique
VAN DE KAR BACHELET Anita	Conseil de l'Europe (Division Média et Société de l'Information)	France
VAN EIJK Nico	Institut du droit de l'information (IViR)	Pays-Bas
WOODS Lorna	The City Law School	Royaume-Uni

SOMMAIRE

Transposition de la Directive Services de médias audiovisuels <i>Compte rendu de l'atelier commun de l'Observatoire européen de l'audiovisuel et de l'EMR</i> <i>des 30 et 31 janvier 2009 à Sarrebruck</i>	9
L'impact général de notions clés de la Directive SMAV et de leurs définitions sur le cadre national <i>(articles 1, 2 et 3 de la directive)</i>	33
Services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires	43
Établissement <i>Responsabilité éditoriale et contrôle effectif</i>	51
Le placement de produit <i>Impact de la Directive Services de médias audiovisuels sur la situation juridique actuelle</i>	61
Le droit aux brefs reportages d'actualité <i>L'expérience autrichienne</i>	69
Promouvoir les œuvres européennes dans les services à la demande <i>Incidations à l'action de la part des législateurs, des régulateurs et de l'industrie</i>	77
La mise en œuvre de la Directive Services de médias audiovisuels, entre règles du commerce international et diversité culturelle	85
Régulation, corégulation, autorégulation <i>La protection des mineurs au Royaume-Uni</i>	95
Compétence territoriale et coopération <i>L'exemple du Luxembourg</i>	109
Les mesures limitant la libre prestation de services <i>Discours de haine, dignité humaine et contenus préjudiciables - focus France</i>	115
Dispositions prises par les organismes de régulation <i>Réglementation relative aux communications commerciales en Irlande</i>	121
Contrôle de conformité exercé par les instances de régulation et de corégulation nationales des États membres	127
Transposition de la Directive SMAV <i>L'expérience lettone</i>	137
Pas de nouvelles, mauvaises nouvelles <i>La Directive SMAV en Espagne</i>	143

Transposition de la Directive Services de médias audiovisuels

Compte rendu de l'atelier commun de l'Observatoire européen de l'audiovisuel et de l'EMR des 30 et 31 janvier 2009 à Sarrebruck

*Christian M. Bron
Institut du droit européen des médias
Sarrebruck/Bruxelles*

I. Introduction

Les 30 et 31 janvier 2009, l'Institut du droit européen des médias (EMR) et l'Observatoire européen de l'audiovisuel (OEA) ont organisé ensemble à Sarrebruck un atelier sur le thème « Transposition de la Directive Services de médias audiovisuels : analyse de suivi ». Cet atelier avait pour objet les mesures des États membres de l'Union européenne visant à transposer dans le droit national la Directive 2007/65/CE Services de médias audiovisuels¹ (Directive SMAV). L'objectif de l'atelier était d'une part, d'échanger des informations sur l'état d'avancement de la procédure de transposition dans les États membres et, d'autre part, de débattre des difficultés rencontrées au cours de la transposition de la Directive SMAV et des solutions possibles. L'atelier comprenait trois volets thématiques, présentés et discutés sur la base de 12 rapports².

Dans la première partie de l'atelier, les rapports avaient pour thème central la connaissance approfondie de la directive : les intervenants ont présenté les concepts phares de la directive en expliquant leur importance dans la transposition dans le droit national. La deuxième partie était consacrée aux questions pratiques et aux solutions possibles. Les rapports portaient des différentes formes de régulation envisageables et les analysaient méthodiquement sous l'angle d'un certain nombre de domaines concrets encadrés par la directive (placement de produits, brefs reportages d'actualité, aide aux œuvres européennes, corégulation et autorégulation). Dans la troisième partie, les rapports étaient essentiellement axés sur les questions de la législation et des contrôles en aval faisant suite à la transposition initiale dans le droit national.

Le présent compte rendu présente un résumé des rapports et une synthèse des informations complémentaires et des arguments qui ont été échangés au cours des débats respectifs.

1) Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, J.O. UE L 332 du 18 décembre 2007, p. 27 et suivantes.

2) Les débats ont été ouverts par Wolfgang Closs, directeur de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, et Bernd Radeck, conseiller juridique de Saarländischer Rundfunk (radiodiffusion de la Sarre), puis animés par Susanne Nikoltchev, responsable du département Informations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, et Alexander Scheuer, directeur de l'EMR.

Les rapports et les débats ont mis en évidence plusieurs éléments : la transposition de la Directive SMAV présente une progression inégale dans les différents États membres. La diversité des traditions juridiques des États membres respectifs a une incidence sur le mode de transposition ; les concepts et les critères de la directive, définis pour une part de façon large, laissent généralement suffisamment de place pour tenir compte des diverses traditions respectives. Mais certaines dispositions de la Directive SMAV exigent une modification de la « culture de régulation de la télévision » telle que la connaissaient les États membres ; les nouvelles dispositions concernant la vidéo à la demande (VOD) et autres services à la carte, en particulier, vont exiger une adaptation et une harmonisation du droit des États membres.

II. Définitions et termes clés : incidence sur la transposition dans le droit national

1. L'incidence des concepts juridiques communautaires sur le droit national dans le cadre de la transposition de la Directive SMAV

Dans le premier rapport, Emmanuel Joly³ a posé d'emblée les deux questions cruciales concernant les dispositions relatives à la terminologie et aux concepts utilisés par la Directive SMAV: les États membres sont-ils liés par la terminologie de la Directive SMAV ? Y a-t-il des solutions alternatives réalistes permettant aux États membres de s'émanciper de cette terminologie ?

Dans la première partie de son rapport, Emmanuel Joly explicite les concepts de base de la Directive SMAV tels qu'ils sont employés et, pour une part, définis juridiquement aux articles 1, 2 et 3. La deuxième partie du rapport vise à répondre aux questions posées dans l'introduction. L'auteur réfute l'existence d'un lien (direct) des États membres à la terminologie de la directive. En effet, l'article 249, paragraphe 3 du Traité CE laisse aux instances nationales le choix de la forme et des moyens dans la transposition des directives. Seul le résultat à atteindre doit être conforme à la finalité de la Directive SMAV. En revanche, l'auteur adopte une approche plus nuancée pour examiner si les États membres disposent de solutions alternatives réalistes leur permettant de s'écarter des principales dispositions de la Directive SMAV au niveau terminologique. Pour illustrer ce problème, l'auteur se livre à une analyse approfondie d'un certain nombre de termes clés, en étudiant dans quelle mesure on peut s'écarter des normes de la Directive SMAV. Ainsi, le terme « service de médias audiovisuels » laisse peu de marge de manœuvre aux États membres. La seule possibilité consiste à introduire dans le droit national une définition plus globale que celle donnée par la Directive SMAV, ce qui, le cas échéant, fera ensuite l'objet d'un examen de la part de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). De même, on peut difficilement concevoir une formule alternative pour la distinction fondamentale entre « service linéaire » et « service non linéaire ». Ici aussi, la seule solution envisageable consiste à élargir les définitions de la Directive SMAV. Concernant les dispositions en matière de compétence et des concepts correspondants visés aux articles 2 et 3 de la Directive SMAV, qui ne sont toutefois pas définis dans la directive proprement dite, l'auteur a expliqué que la concrétisation de ces concepts devait avoir lieu dans les procédures législatives nationales des États membres.

En conclusion, Emmanuel Joly constate qu'en reprenant la terminologie de la directive, les États membres « ne prennent aucun risque », mais qu'il n'y a pas d'obligation légale de s'en tenir aux mêmes termes. Indépendamment de ces considérations, l'acceptation de la terminologie par les États membres revêt *de facto* une importance particulière.

Lors de la discussion qui a suivi, l'un des participants a expliqué qu'en Belgique, la compétence législative dans le secteur de la radio et de la télévision était répartie entre les trois communautés (flamande, francophone, germanophone) et que la directive était transposée par chaque communauté de façon autonome. Selon la conception constitutionnelle belge, le terme « radiodiffusion » englobe aussi bien les services linéaires que non linéaires. Or, malgré cette divergence terminologique, la Directive SMAV est correctement transposée. La Commission européenne devrait en tenir compte lors de l'examen de la transposition.

3) Voir l'article d'Emmanuel Joly dans cette publication.

Quelqu'un a fait remarquer que le terme d'« œuvres européennes », au sens visé par la directive, englobe également les œuvres du Saint-Siège ou d'États tels que la Biélorussie et que, de ce fait, la directive dépasse le cadre de États membres de l'UE.

Le terme de services de médias « non linéaires » a ensuite fait l'objet d'un grand débat. Les participants ont clarifié les critères établis par la Directive SMAV à cet égard, tout en se demandant si les États membres pourraient introduire des règles plus strictes. Les participants estiment qu'en principe, c'est possible, si l'on considère ce qui a été exposé dans le rapport, sous réserve de respecter les critères minima de la directive. Dès lors que des États membres envisagent de fixer des règles plus strictes que celles de la Directive SMAV, ils sont soumis à l'obligation de notification prévue par la Directive 98/34/CE⁴. L'introduction d'une multitude de règles nationales plus strictes a également fait l'objet de certaines critiques : cela risque d'entraîner un rejet total de la « structuration réglementaire graduée » à laquelle tend la directive, et de contrecarrer son objectif. C'est pourquoi il conviendrait de respecter le principe de proportionnalité. En cas de doute, les États membres pourraient ajuster leur conception des services de médias non linéaires sur celle de la Commission.

Il semblerait que certains États membres (par exemple la France) aient tendance à étendre les réglementations détaillées encadrant les services linéaires aux services non linéaires par des clauses d'application générales. On peut néanmoins se demander s'il est réellement pertinent d'établir les mêmes normes pour des services linéaires et non linéaires. Ainsi, dans le secteur des services non linéaires, il est impossible de limiter la diffusion des contenus interdits aux mineurs à des horaires tardifs. Cette affirmation a été contredite par un participant, qui a expliqué qu'en Allemagne, une vidéo du groupe *Die Ärzte* avait justement reçu un traitement adéquat : sur le site du groupe, deux versions de cette vidéo sont disponibles alternativement, en fonction des horaires.

2. Distinction entre services linéaires et non linéaires

L'intervenant suivant, Nico van Eijk,⁵ a comparé, dans la première partie de son rapport, la Directive initiale « Télévision sans frontières »⁶ (Directive TSF) et la Directive SMAV. Alors que les services « à la demande » n'étaient pas inclus dans la Directive TSF, la Directive SMAV intègre et distingue les services linéaires et non linéaires (c'est-à-dire essentiellement les services « à la demande »).

Dans la décision *Mediakabel*⁷ de la CJCE, qui s'appuyait sur une interprétation de la Directive TSF, le classement d'un service dans la catégorie linéaire ou non linéaire dépend essentiellement du point de vue du prestataire de service. La Directive SMAV s'appuie sur des critères techniques neutres. Pour les services de médias audiovisuels linéaires, l'élément déterminant réside dans le déroulement du programme défini à l'avance. Pour les services de médias audiovisuels non linéaires, en revanche, c'est le fait que l'utilisateur puisse choisir son programme individuellement à partir d'un catalogue proposé par le prestataire. À cet égard, Nico van Eijk cite *YouTube* comme un contre-exemple des cas faciles à classer (voir Mémo/06/208 de la Commission)⁸, puisqu'il n'entre dans aucune catégorie précise en raison des contenus principalement générés par les utilisateurs (*User Generated Content*).

En ce qui concerne la transposition par les États membres, Nico van Eijk s'interroge sur la pertinence d'une transposition parfaitement littérale de la Directive SMAV, telle que l'a pratiquée, par exemple, la Roumanie. Il présente ensuite le cas des Pays-Bas qui, à l'instar de la Suède, vont non seulement

4) Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, J.O. UE L 204 du 21 juillet 1998, pages 37 à 48, modifiée par la Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JO L 217 du 5 août 1998, pages 18 et suivantes ; voir également le considérant 13 de la Directive SMAV.

5) Voir l'article de Nico van Eijk dans cette publication.

6) Directive 89/552/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle JO L 298 du 17 octobre 1989, pages 23 et suivantes ; dans la version de la Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997, JO L 202 du 30 juillet 1997, pages 60 et suivantes.

7) Arrêt de la CJCE du 2 juin 2005 dans l'affaire C-89/04, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media*, rec. 2005, I-4891.

8) Le mémo de la Commission du 18 mai 2006 est disponible sur :

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/208&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>

reprendre les définitions de la directive, mais les compléter par des règles de portée renforcée. La réglementation des services VOD pose actuellement quelques problèmes juridiques constitutionnels aux Pays-Bas : l'État est en droit de promulguer des règles régissant la radio et la télévision, telles que, par exemple, la définition de catégories de programmes pour garantir la protection des mineurs⁹. En revanche, la liberté d'expression sur d'autres forums ou dans d'autres secteurs (par exemple au théâtre) ne requiert aucune autorisation, du moins préalable, en vertu de l'article 7, paragraphe 3, alinéa 1 de la Constitution néerlandaise¹⁰. Seule est reconnue la responsabilité de chacun devant la loi. Certains affirment que les services VOD relèvent de l'article 7, paragraphe 3 de la Constitution néerlandaise, de sorte qu'ils ne sauraient être assujettis à une quelconque législation spécifique préalable. Ce problème pourra sans doute être résolu par le fait qu'on considèrera les services VOD comme relevant du même champ juridique constitutionnel que le concept de la télévision. À cet égard, l'intervenant a noté que ce problème néerlandais non encore résolu pourrait également provoquer des difficultés dans le cadre de l'échange transfrontalier de ce type de services.

À la suite de ce rapport, la discussion s'est tout d'abord portée sur la question visant à savoir si les Pays-Bas envisageaient de mettre en place des règles juridiques explicites concernant les services similaires à YouTube. Cette question n'a pas pu trouver de réponse claire et définitive ; néanmoins le problème de la classification juridique des plateformes proposant des contenus entièrement ou partiellement générés par les utilisateurs ou des offres similaires sera traité au Pays-Bas en vue de trouver un mode de régulation. La structure actuelle des instances de régulation sera conservée, ce qui signifie qu'il n'y aura pas de nouveau service dédié aux questions spécifiques posées par YouTube. La structure de fonctionnement devra être précisée lors des débats sur la transposition de la Directive SMAV. L'ensemble des participants s'est accordé à reconnaître que ce type de services comportant principalement des contenus générés par les utilisateurs était un thème d'une actualité brûlante.

Le débat s'est ensuite porté sur le problème, évoqué par l'intervenant, des services VOD dans le cadre du champ d'application de la Constitution néerlandaise, notamment de l'article 7, paragraphe 3. Il a été établi que les champs de la liberté d'expression relevant de cette disposition ne pouvaient être assujettis à aucune réglementation *ex ante*. Bien entendu, les lois générales (Code pénal, loi sur la protection des mineurs, etc.) sont applicables, mais leur mécanisme de régulation n'intervient qu'*ex post*. Toute censure préalable du contenu est exclue par l'article 7, paragraphe 3 de la Constitution¹¹. Par conséquent, si l'on considère que les services VOD relèvent de l'article 7, paragraphe 3 de la Constitution néerlandaise, il est impossible d'intervenir au préalable en vue d'en réguler le contenu. Lorsqu'un service VOD propose, par exemple, des contenus pornographiques, ceci ne peut être établi juridiquement qu'après coup et réprimé par la suite dans le cadre de procédures de droit civil ou pénal. Il en va autrement si l'on considère que ces offres VOD s'apparentent au concept traditionnel de la télévision. Dans ce cas, il serait possible, par exemple, d'appliquer les règles de quotas (« régulation positive des contenus ») ou les dispositions de protection des mineurs (« régulation négative des contenus »). Il faut donc que les Pays-Bas tranchent sur cette question fondamentale de savoir quel paragraphe de l'article 7 de la Constitution est applicable aux services VOD.

À propos de l'interdiction évoquée par Nico van Eijk de réguler au préalable les services de médias, l'un des participants a demandé s'il n'était pas possible de normaliser, par exemple, l'interdiction de pédopornographie inscrite en droit pénal dans la loi néerlandaise sur les médias et, ce faisant, de prévoir *ex ante* des obligations négatives pour les contenus des services proposés.

L'assemblée ne savait pas exactement si cette interdiction en vigueur aux Pays-Bas s'appliquait uniquement aux contenus ou également à l'aspect commercial (communications commerciales), dans le cadre, notamment, de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

La réponse donnée indiquait que la disposition de l'article 7 de la Constitution néerlandaise ne s'applique pas à la publicité commerciale en vertu de l'article 7, paragraphe 4. Même si la Constitution

9) Voir article 7, paragraphe 2 alinéa 1 de la Constitution néerlandaise : « La loi fixe les règles concernant la radio et la télévision ».

10) Voir article 7, paragraphe 3 alinéa 1 de la Constitution néerlandaise : « Nul n'a besoin d'autorisation préalable pour exprimer la teneur de ses pensées ou de ses opinions par des moyens autres que ceux mentionnées aux paragraphes 1 et 2, sans préjudice de la responsabilité de chacun devant la loi ».

11) L'intervenant a justifié cette exclusion par le contexte historique lié à cette disposition. Elle vise essentiellement à garantir de façon inconditionnelle la liberté de manifester ; voir Nico Van Eijk, « Artikel 7 Grondwet en de richtlijn Audiovisuele mediadiensten », dans *Mediaforum* 2009-3, p. 77, disponible sur : http://www.ivir.nl/publicaties/vaneijk/Mf_2009_3.pdf

néerlandaise exclut la publicité commerciale, la protection garantie par l'article 10 de la CEDH subsiste. Un participant a demandé si, au vu de l'article 10 de la CEDH, le « régime des quotas » visés aux articles 4 et 5 des Directives TSF et SMAV devait être considéré comme une règle régissant le contenu ou les aspects commerciaux et industriels. Nico van Eijk a répondu que ces dispositions devaient être comprises comme ciblant le contenu des programmes.

Enfin, il a été spécifié qu'un autre système était appliqué pour la classification des œuvres cinématographiques, dans le cadre duquel la protection des mineurs était assurée par un dispositif privé d'autocontrôle.

3. Établir la responsabilité éditoriale

Le rapport de Jean-François Furnémont¹² examinait, dans un premier temps, le rapport antinomique entre l'établissement d'un marché commun, d'une part, et la préservation d'un paysage médiatique national marqué par sa spécificité culturelle, d'autre part. De ce point de vue, la Directive TSF et la Directive SMAV suivent une démarche identique. La libre circulation des services constitue la pierre angulaire de ces deux directives. Cette dernière doit néanmoins être subordonnée de façon raisonnable aux objectifs culturels spécifiques de chaque État membre. L'intervenant a soulevé la question visant à savoir si les règles de la Directive SMAV sont capables ou, du moins, susceptibles de résoudre les rapports antinomiques susmentionnés, qui sont apparus dans les années suivant l'entrée en vigueur de la Directive TSF. Étant donné que l'article 2, paragraphe 1 de la Directive SMAV¹³ maintient le principe du pays d'origine¹⁴, même sous une forme altérée, le potentiel conflictuel subsiste. En référence au considérant 12 de la Directive TSF¹⁵ et aux critiques de certains États membres¹⁶, l'intervenant déplore la version actuelle de l'article 2, paragraphe 1 de la Directive SMAV. Les critiques portent essentiellement sur le fait que le principe du pays d'origine n'est pas posé comme une règle absolue. En outre, il aurait fallu réaffirmer que la Directive SMAV s'appuie sur le principe du soutien de la diversité culturelle et non pas uniquement sur des considérations économiques.

Jean-François Furnémont analyse par ailleurs le concept de « responsabilité éditoriale » visé à l'article 1, alinéa c) de la Directive SMAV, qui doit permettre de déterminer quel est l'État membre compétent pour un fournisseur de services de médias donné. Le terme n'est pas nouveau¹⁷, mais c'est la première fois qu'il est défini avec précision. D'une part, les États membres disposent d'une certaine marge quant au contenu du terme « responsabilité éditoriale » lors de la transposition de la directive et, d'autre part, ils ont également dans l'obligation d'exercer un « contrôle effectif » sur la « responsabilité éditoriale » des fournisseurs de services de médias.

Pour finir, Jean-François Furnémont a présenté quelques suggestions pour mettre en application le concept de « responsabilité éditoriale » conformément à la Directive SMAV tout en préservant ses spécificités culturelles.

Dans la discussion qui a suivi, l'un des participants a remis en cause la critique de l'intervenant sur le fait que la Commission n'avait « pas suffisamment tenu compte de l'avis de certains États membres exprimé dans le document « Position des 13 »¹⁸. Il a expliqué que la Directive SMAV s'appuyait sur le principe du pays d'origine et de la libre circulation des services et qu'il ne s'agissait pas d'un outil de développement de la diversité culturelle dans les États membres. Cette conception était déjà à la base de la Directive TSF. La Directive SMAV ne pouvait pas prendre en compte tous les facteurs économiques et culturels. Il a ajouté qu'une directive n'avait pas pour vocation de régler tous les problèmes ; cette tâche incombe aux États membres et, le cas échéant, à leurs instances de régulation. L'expérience

12) Voir l'article de Jean-François Furnémont dans cette publication.

13) L'article 2, paragraphe 1 de la Directive SMAV énonce : « Chaque État membre veille à ce que tous les services de médias audiovisuels diffusés par des fournisseurs de services de médias relevant de sa compétence respectent les règles du droit applicable aux services de médias audiovisuels destinés au public dans cet État membre. »

14) Le considérant 27 de la Directive SMAV confirme notamment le principe du pays d'origine.

15) Le considérant 12 de la Directive TSF énonce : « Dès lors, il est nécessaire et suffisant que toutes les émissions respectent la législation de l'État membre dont elles émanent ».

16) L'intervenant fait référence à une proposition d'amendement déposée au Conseil par les États suivants : Autriche, Belgique, Estonie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Slovaquie, Slovaquie, Suède et République tchèque le 13 mai 2005 (document désigné dans les débats comme « Position des 13 »). Ce document est disponible sur : <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/05/st08/st08806.fr05.pdf>

17) Voir article 1 alinéa b) de la Directive TSF.

18) Voir note 16.

montre que les États membres ont en grande partie transposé la directive de façon littérale, pour ne « prendre aucun risque ». Selon lui, les problèmes apparaissent après la transposition.

On lui a rétorqué que le principe du pays d'origine était certes reconnu comme un principe fondamental, mais qu'il était cependant incohérent que l'initiative des 13 États membres n'ait pas été prise en compte lors de la rédaction de la Directive SMAV. Par cette prise de position, les États membres faisaient état du fait que, sur la base du principe du pays d'origine, ils n'étaient pas en mesure de réguler des programmes télévisés qui s'adressaient, en premier lieu, au public de leur pays, lorsque les prestataires desdits programmes étaient établis dans un autre État membre. Dans ces cas-là, ils demandaient à la Commission de faire des propositions permettant à l'État membre récepteur d'harmoniser, par des mesures de régulation, ses intérêts en matière de politique des médias et le principe du pays d'origine. Il a été rappelé par ailleurs, que le principe du pays d'origine entraînait certains problèmes dans d'autres secteurs de réglementation. Le secteur audiovisuel, quant à lui, comporte à la fois des aspects économiques et culturels. Si l'on transpose la Directive SMAV sans restriction, on néglige les aspects culturels nationaux, ce qui porte également préjudice au principe de subsidiarité¹⁹.

L'un des participants a défendu la position selon laquelle les articles 2 et 3 de la Directive SMAV n'apportaient, en fait, rien de nouveau ; seule la définition de la « responsabilité éditoriale », visée à l'article 1 de la Directive SMAV, constituait une nouveauté. Quant à la définition du « contrôle effectif », elle ne peut intervenir qu'après une interprétation des objectifs de la directive.

D'un point de vue purement littéral, cela ne permet pas de déterminer à quel rythme les fournisseurs de services de médias doivent exercer ce contrôle pour qu'il soit « effectif » au sens visé à l'article 1, alinéa c) de la Directive SMAV. Concernant le caractère effectif requis, il ne suffit sans doute plus d'adopter à l'avance des résolutions stratégiques relatives à l'organisation de services de médias sur une période de deux ans. Pour garantir un « contrôle effectif » et, partant, l'hypothèse d'une responsabilité éditoriale, il est nécessaire, en principe, de prendre pratiquement chaque jour des décisions concernant les programmes. À cet égard, l'un des participants a donné un exemple concret : au Luxembourg, RTL procède au contrôle mensuel des activités éditoriales pour satisfaire aux exigences liées à la « responsabilité éditoriale ». Cette pratique pourrait servir de référence pour fixer le rythme réglementaire à respecter afin d'assurer un « contrôle effectif » au sens visé par l'article 1, alinéa c) de la Directive SMAV.

Les critères proposés par Jean-François Furnémont ont rappelé à certains participants les arguments du Gouvernement néerlandais et du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel belge (CSA) dans les affaires RTL²⁰. Depuis plusieurs années, la controverse porte sur comment définir qui est responsable des « tâches éditoriales » et comment définir le « siège ». La majorité des participants s'est accordée sur le fait que seule la CJCE pourra fournir une réponse à ces questions.

Suite aux propositions soumises par l'intervenant pour la mise en œuvre de la Directive SMAV dans le cadre des services non linéaires, il a été souligné qu'il était encore plus difficile de trouver des critères pour les services à la demande que pour le secteur de la télévision.

Un autre participant a relevé que la Directive SMAV s'appuyait sur une proposition de la Commission mais, qu'en définitive, elle avait été majoritairement adoptée par le Parlement et le Conseil. Par conséquent, la Directive SMAV reflète la volonté de la majorité des États membres. La Commission ne doit donc pas faire figure de bouc émissaire lorsqu'elle constate, conformément à la mission dont elle est investie, l'absence ou l'irrégularité d'une mise en œuvre et qu'elle rappelle à l'ordre les États membres concernés.

Le point suivant de la discussion visait à examiner les implications d'une transposition sur la base d'une reprise systématique des mêmes termes (*light touch transposition*). C'est le cas, notamment, de

19) Référence au principe de subsidiarité au sens visé à l'article 5, paragraphe 2 du Traité CE.

20) Voir la décision du Conseil d'État du 25 novembre 1998, 172407, IRIS 1999-1:5, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/1999/1/article6.fr.html>; Décision du CSA de la communauté francophone de Belgique du 29 novembre 2006, IRIS 2007-1: 4, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/1/article5.fr.html> ; pour un point de vue global intéressant sur la question, voir Domering, E., « Commentary to article 2 TWFD », dans Castendyk/Domering/Scheuer, *European Media Law*, notes 52-62.

la « solution roumaine »²¹, que certains participants jugent de façon critique : que reste-t-il de la politique nationale en matière de médias et du principe de subsidiarité ?

Certains estiment qu'il n'est pas correct que les instances de régulation soient chargées de régler les problèmes concrets liés à la pratique, sans toutefois pouvoir consulter la Commission. À cet égard, l'expérience a montré que le Comité de contact (voir article 23bis de la Directive SMAV) n'était pas en mesure de fournir un cadre de discussion approprié. Or, la Commission devrait apporter son soutien aux instances de régulation nationales sur la question de l'interprétation du concept de « responsabilité éditoriale » en établissant des critères applicables²².

Globalement, l'assemblée paraissait unanime pour déclarer que les définitions des termes de la Directive SMAV dans les différents États membres pouvaient être interprétées sans faire apparaître de différences trop marquées. Mais étant donné qu'en dernier ressort, on ne peut définir avec exactitude ce que recouvre la « responsabilité éditoriale », les participants ont conclu qu'il incombait à la CJCE de répondre à cette question.

III. Les domaines de réglementation de la Directive SMAV

1. Des règles plus strictes pour le placement de produit : *opt-in* ou *opt-out*?

Dans les rapports concernant les différentes options de réglementation dans la mise en œuvre de la directive, le placement de produit figurait en première place à l'ordre du jour. Oliver Castendyk²³ a introduit son rapport en présentant des extraits du film *I, Robot* comme démonstration des pratiques de production cinématographique aux États-Unis²⁴. Il a tout d'abord comparé les règles régissant la publicité et le placement de produit dans la Directive SMAV et la Directive TSF, en montrant la difficulté d'établir une distinction entre, d'une part, le placement de produit et, d'autre part, la publicité (clandestine).

Il a ensuite expliqué la structure de l'article 3 *octies* de la Directive SMAV. Conformément à l'article 3 *octies*, paragraphe 1 de la Directive SMAV, le placement de produit est interdit de façon générale. Le paragraphe 2 et l'alinéa 1 spécifient certaines dérogations à cette interdiction. Ces dérogations sont applicables dans la mesure et sous réserve qu'un État membre n'en ait pas décidé autrement. En vertu de la Directive SMAV et en l'absence de dispositions contraires des États membres, le placement de produit est autorisé, par exemple dans les œuvres cinématographiques et les séries, ainsi qu'en cas de « fourniture à titre gratuit de biens ou de services », lorsque les conditions énoncées au paragraphe 2, alinéa 3 sont remplies, c'est-à-dire que le placement de produit ne doit pas exercer d'influence sur la responsabilité et l'indépendance éditoriales ni comporter d'incitation directe à la consommation. D'un point de vue dogmatique, on peut donc considérer cette disposition comme une structure dite *opt-out*. L'article 3 *octies*, paragraphe 3 de la Directive SMAV comporte une interdiction absolue du placement de produit dans certains cas spécifiés (cigarettes, tabac, etc.).

Oliver Castendyk s'attache en particulier à savoir dans quelles circonstances on peut parler de fourniture « à titre gratuit », au sens visé à l'article 3 *octies*, paragraphe 2, alinéa 1 de la Directive SMAV. Si l'on se réfère au considérant 61 de la Directive SMAV, on n'est en présence d'un placement de produit que lorsqu'il s'agit de produits « d'une valeur non négligeable ». Néanmoins, il reste à clarifier s'il convient de définir cette valeur à l'aide d'une limite absolue ou d'une valeur relative. L'intervenant penche pour la dernière solution.

Le rapport aborde ensuite les questions liées à la « mise en avant de manière injustifiée » d'un produit (comme critère de démarcation de la notion de publicité clandestine), l'obligation de signaler les émissions comportant des placements de produits et l'interdiction d'exercer une influence « de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias », conformément à l'article 3 *octies*, paragraphe 2, alinéa 3, points a), b) et c) de la Directive SMAV.

21) Voir à cet égard le résumé du rapport de Nico Van Eijk ci-dessus (II. 2.).

22) Voir au sujet de la définition de la « responsabilité éditoriale » Schulz, W. et Heilmann, S., dans IRIS Spécial, Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.) 2008, *La responsabilité éditoriale*, p. 11 et suivantes.

23) Voir l'article d'Oliver Castendyk dans cette publication.

24) Selon les indications de l'intervenant, environ 10 % des recettes de l'industrie cinématographique proviennent des placements de produits.

Au cours de la discussion qui a suivi, l'un des participants a établi qu'il n'était pas nécessaire que les États membres instaurent un système d'*opt-in* pour légitimer le parrainage. Le placement de produit est encadré pour la première fois par une loi au niveau de l'UE, c'est pourquoi il est important de définir clairement la différence entre ces deux formes de communication commerciale audiovisuelle.

Certains participants ont ensuite comparé la réglementation en place dans leurs États membres respectifs en matière de placement de produit : au Danemark, par exemple, le placement de produit est interdit. Cette interdiction sera maintenue à l'avenir, malgré l'assouplissement des règles introduit par la Directive SMAV. On peut craindre que cette interdiction stricte n'entraîne un retrait systématique du secteur publicitaire du marché danois. Du reste, le parrainage est plus strictement réglementé au Danemark que ne le prévoit la Directive SMAV. En Allemagne, il existe encore peu de propositions concrètes pour exploiter la marge laissée aux États membres dans la transposition des dispositions de la Directive SMAV relatives au placement de produit. Le débat politique sur ce thème vient juste de commencer et il n'y aura sans doute pas de propositions concrètes avant mi-2009. Il convient de déterminer comment traiter désormais la question du placement de produit dans le cadre réglementaire de la Directive SMAV. Jusqu'à présent, cette pratique était autorisée sans aucune restriction. Étant donné que la Directive SMAV introduit le critère de « valeur non négligeable »²⁵, il est nécessaire d'instaurer certaines règles. Jusqu'à présent, en France et en Belgique, les autorités de régulation intervenaient en cas de placement de produit illicite. Dans les deux pays, le débat concernant la mise en œuvre de la Directive SMAV vient d'être lancé. En Irlande, le placement de produit est également frappé d'une interdiction générale, qui sera probablement maintenue.

La discussion a ensuite porté sur l'approche, le contexte et l'interprétation de la notion de « valeur négligeable » au sens visé par la Directive SMAV. La littérature fournit à cet égard des exemples à partir desquels il est possible de développer une interprétation²⁶. Le contexte dans lequel est apparu ce terme est marqué par la crainte de voir le placement de produit porter atteinte, dans certains cas, à « la responsabilité et à l'indépendance éditoriale », d'où la volonté de limiter ce risque par l'introduction de la « valeur non négligeable » d'un produit. Il n'apparaît pas clairement à quel moment on peut parler d'influence portant atteinte à la « responsabilité éditoriale ». L'un des participants estime qu'il n'est pas nécessaire de fournir la preuve d'une influence effective. Tout placement de produit comporte l'exercice d'une certaine influence sur les « décisions éditoriales ». On ne peut retenir l'hypothèse d'une absence totale de toute influence que dans le cas où un produit n'apparaît absolument pas dans la production finale. C'est pourquoi il est beaucoup plus pertinent d'établir au cas par cas si le placement d'un produit a entraîné ou non une prise d'influence illicite. Par ailleurs, la détermination de la valeur est également aléatoire. On peut se baser soit sur une limite absolue, comme c'est le cas en Autriche (valeur limite fixée à 1.000 euros), soit sur une limite relative (par exemple 1 % du budget global de production). De nombreux participants pensent que l'application d'une limite proportionnelle pour établir le caractère illégitime d'une prise d'influence est la méthode la plus appropriée.

Un autre point à éclaircir concerne la formulation du message d'avertissement qui doit signaler le placement de produit au public. La Directive SMAV n'interdit pas de faire référence à l'entreprise qui est à l'initiative du placement de produit. Les marques correspondantes pourraient, par exemple, être mentionnées expressément dans le message d'avertissement au public, ce qui présenterait un intérêt de taille pour l'industrie. Un autre point plus général visait à savoir s'il est du ressort du législateur national de traiter la question du « placement de produit ». La réglementation encadrant le placement de produit doit-elle également être transposée dans le droit national ? Que se passerait-il si le législateur n'apportait aucune indication à ce sujet lors de la mise en œuvre ? À cet égard, l'article 3 *octies*, paragraphe 2 de la Directive SMAV prévoit que les États membres peuvent adopter des dispositions nationales (restrictives) en matière de placement de produit. S'ils renoncent à une réglementation nationale, le placement de produit est, d'une façon générale, légitime dans les cas prévus par la directive, en vertu du principe de droit communautaire de l'effet vertical direct des directives ; selon ce principe, les citoyens peuvent invoquer des droits suffisamment identifiables et précisément formulés qui leur sont accordés par une directive une fois écoulé le délai de mise en œuvre de la directive par l'État membre dont ils ressortent. Toutefois, toute transposition de la directive sans réglementation du placement de produit serait incomplète. En effet, les États membres ont jusqu'au 19 décembre 2009 inclus pour adopter des dispositions concernant les exigences liées au placement de produit (interdiction, par exemple, d'une mise en avant injustifiée des produits) et, en particulier, pour transposer les règles en matière d'obligation de signalisation. Si les États membres renoncent à leur propre réglementation, la

25) Voir le résumé du rapport de Oliver Castendyk, ci-dessus (III. 1.).

26) Voir Castendyk, O., « Commentary to article 3g AVMSD », dans Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, note 18.

latitude dont ils disposent restera inexploitée. En outre, si les réglementations nationales, qui interdisaient au préalable le placement de produit (et la publicité clandestine) dans la majorité des États membres, restent en vigueur, cela ne manquera pas de créer des zones de flou juridique. Dans ce cas, le texte de loi nationale visant à transposer la directive ne permettrait pas de déterminer si les catégories de programmes, pour lesquelles le placement de produit est autorisé en vertu de la directive, restent soumises à l'interdiction nationale de placement de produit.

Enfin, il a été observé que les dispositions de la Directive SMAV en matière de placement de produit étaient applicables à tous les programmes fournisseurs de services de médias. Peu importe donc, en principe, de quel État sont issus les programmes (contrairement à la réglementation de la Directive TSF, les films venant des États-Unis seraient donc concernés, à moins qu'un État membre n'ait recours à la possibilité de lever l'obligation de signalisation pour les programmes non issus des États membres de l'UE). Par ailleurs, il faut noter que la Directive SMAV énonce l'interdiction d'une « mise en avant de manière injustifiée ». De ce fait, le placement de produit tel qu'il est pratiqué dans des films comme *I, Robot* ne sera plus autorisé au sein de l'UE. Il reste à savoir dans quelle mesure les sociétés de production des États-Unis tiendront compte de cette réglementation.

2. Le droit de diffuser de brefs reportages d'actualité

Le rapport de Robert Rittler consacré au droit de diffuser de brefs reportages d'actualité aborde également la question des diverses options possibles pour la transposition²⁷. Dans un premier temps, l'auteur a comparé les dispositions relatives de la Directive SMAV et les dispositions correspondantes de la Convention européenne sur la télévision transfrontière²⁸, en intégrant les règles de cette dernière, introduites en 1997 dans la Directive TSF²⁹, relatives à l'exercice des droits exclusifs sur les émissions télévisées présentant un intérêt majeur pour la société. L'intervenant a analysé aussi bien le contenu de ces normes que les milieux concernés.

Ensuite, Robert Rittler a présenté un cas juridique intéressant, du point de vue du droit à la diffusion de brefs reportages d'actualité, qui s'est présenté en Autriche³⁰. Il s'agissait d'établir si l'Österreichischer Rundfunk (ORF) devait être autorisé à diffuser de courts extraits des matchs disputés par la Ligue autrichienne de football³¹. L'intervenant a exposé la décision de l'Österreichischer Verwaltungsgerichtshof (tribunal administratif autrichien - VwGH) en retraçant la position juridique des parties en présence. Cette décision revêt une importance cruciale car le VwGH s'est livré à une interprétation des termes « évènement » et « évènement présentant un intérêt général ». L'intervenant a également pris position sur la question du dédouanement de l'ayant droit sollicité, Première Austria. Il a souligné la différence frappante entre la somme versée par Première pour obtenir l'exclusivité des droits (1 million d'euros par saison) et le prix payé par l'ORF pour avoir le droit de diffuser de courts extraits (108 000 euros). Enfin, Robert Rittler constate que l'article 3 *duodecies*, paragraphe 6, de la Directive SMAV accorde aux États membres la possibilité de prévoir une compensation financière. Le cas échéant, cette compensation ne doit pas dépasser les frais supplémentaires directement occasionnés par la fourniture de l'accès. Or, Robert Rittler considère qu'une restriction telle qu'elle est prévue par l'article 3 *duodecies*, paragraphe 6, de la Directive SMAV n'est compatible ni avec le droit constitutionnel autrichien, ni avec le droit constitutionnel allemand, car elle implique une intervention non légitime dans les droits fondamentaux liés à la liberté d'exercice et à la propriété.

Concernant le stade de mise en œuvre de la directive en Autriche, l'intervenant a précisé que les dispositions mises en place jusqu'à présent se limitaient à la publicité et au téléachat, avec transposition des normes plus libérales de la Directive SMAV.

La discussion a rebondi sur la mise en cause par l'intervenant de la conformité de l'article 3 *duodecies*, paragraphe 6, de la Directive SMAV avec le droit constitutionnel national.

27) Voir l'article de Robert Rittler dans cette publication.

28) La Convention européenne sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989, modifiée par le Protocole du Conseil de l'Europe du 9 septembre 1998, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002, est disponible sur : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/132.htm>

29) La Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil portant modification de la Directive 89/552/CE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle du 30 juin 1997, JO L 202 du 30 juillet 1997, p. 60 et suivantes, a introduit la disposition relative aux droits exclusifs visée à l'article 3bis de la Directive TSF.

30) Voir l'arrêt du VwGH du 20 décembre 2005, 2005/04/0126 et l'arrêt du VwGH du 27 janvier 2006, 2004/04/0234.

31) En outre, le droit aux brefs reportages d'actualité doit englober les rencontres de football suivantes : Red Zac Erste Liga, Stiegl-Cup, Hallen-Cup, Supercup et Intertotocup.

L'un des participants a demandé ce qui se passerait si le titulaire des droits d'une émission sportive interdisait contractuellement au détenteur d'une licence de concéder à un tiers le droit de diffuser de brefs reportages d'actualité. Cette interdiction contractuelle faite au détenteur de licence serait-elle en contradiction avec la Directive SMAV, ou serait-il possible que les ayants droit imposent une telle mesure ? Il lui a été répondu que rien ne s'opposait, *a priori*, à de telles clauses contractuelles. Les États membres pourraient néanmoins légiférer pour déclarer illicite l'interdiction de concéder à des tiers le droit de diffusion de brefs reportages d'actualité. Il convient d'accepter l'empiètement que cela entraîne sur la liberté d'exercice et, selon les circonstances, sur le statut protégé par le droit de propriété des auteurs ou des titulaires de droits voisins.

Le point suivant consistait à savoir s'il était possible d'intégrer les coûts de production, en sus des coûts de diffusion, dans le calcul de la compensation due pour l'acquisition du droit de diffuser de brefs reportages d'actualité. Certains participants pensent qu'on ne peut prendre en compte les coûts de production, car la Directive SMAV mentionne uniquement les frais supplémentaires directement occasionnés par la fourniture de l'accès. Plusieurs participants remettent sérieusement en cause ce point de vue. Ainsi, l'article 3 *duodecies*, paragraphe 6, de la Directive SMAV n'interdit pas de faire également valoir les coûts de production. Par ailleurs, ils pensent qu'une telle disposition est compatible avec le droit constitutionnel allemand. La *Bundesverfassungsgericht*³² (Cour fédérale constitutionnelle) a exigé l'instauration d'une compensation pour le droit de diffuser de brefs reportages d'actualité. La Directive SMAV part également du principe qu'une compensation peut être versée ; elle ne fait que la limiter. En tout état de cause, la Directive SMAV laisse suffisamment de place pour une interprétation conforme à la constitution allemande. La disposition visée à l'article 3 *duodecies*, paragraphe 6, de la Directive SMAV a simplement pour objet d'empêcher que des coûts prohibitifs ne soient exigés ou que la compensation ne serve à enrichir les ayants droit. La majorité des participants estime que pour des raisons liées au maintien de la confiance et à la sauvegarde des acquis³³, la disposition de l'article 3 *duodecies* de la Directive SMAV ne peut s'appliquer qu'aux futurs accords contractuels. Les futurs partenaires contractuels connaissent ainsi les restrictions qui seront appliquées à leur statut juridique. Certains participants en ont déduit que les contrats en place n'étaient pas concernés par la disposition de la Directive SMAV. Les participants ont regretté que l'article 3 *duodecies* de la Directive SMAV ne comporte aucune disposition sur les délais d'application, comme c'est le cas dans l'article 3 *bis* de la Directive TSF.

Par la suite, le débat a porté sur les liens entre le concept d'« intérêt public » visé à l'article 3 *duodecies* de la Directive SMAV et la liberté d'accéder aux informations, au sens visé à l'article 10 de la CEDH. Le droit d'accès à l'information peut, en principe, se voir opposer le droit exclusif de l'auteur à la protection de son œuvre comme un droit absolu. L'un des participants a établi à cet égard un parallèle avec le droit d'un propriétaire de stade de football de n'autoriser qu'un nombre restreint de journalistes à pénétrer dans le stade (interprétation du droit domiciliaire). Il a également comparé la situation avec l'interdiction, convenue par contrat entre des organisateurs de matchs et des journalistes, de faire état des débordements et des violences survenus lors des matchs de football. Certains participants ont enrichi le débat en présentant les modalités d'exploitation des événements sportifs dans d'autres États membres. En dépit du fait qu'en France, les manifestations sportives ne jouissent pas de la protection du droit d'auteur, elles peuvent néanmoins faire l'objet d'un droit voisin³⁴. En Grande-Bretagne, le droit d'exploitation de manifestations sportives est également ancré dans les dispositions encadrant le droit d'auteur (*Copyright, Design and Patents Act*). L'un des participants a demandé qui, dans chaque État membre, décidait ce qui devait être considéré comme « un événement d'une importance majeure pour la société ». En Grande-Bretagne, c'est le *Department for Culture, Media and Sport* (Ministère de la Culture, des Médias et du Sport - DCMS) qui décide des événements à classer dans cette catégorie. De façon similaire, dans la communauté flamande de Belgique, c'est le gouvernement qui décide quels sont les événements d'intérêt majeur pour la société. Dans la communauté belge francophone, le gouvernement consulte en premier lieu le CSA pour établir une liste d'événements correspondants³⁵.

32) Voir l'arrêt de la BVerfG du 17 février 1998, affaire 1 BvF 1/91 (BVerfGE 97, 228).

33) Il n'a pas été établi si cela fait référence à la date d'échéance du délai de transposition de la directive fixée au 19 décembre 2009 ou à la date d'entrée en vigueur de la Directive SMAV le 19 décembre 2007.

34) Voir l'analyse détaillée de Kamina, P., « Country Report France » dans Blackshaw/Cornelius/Siekman (éd.), *TV Rights and Sport – Legal Aspects*, La Haye 2009, p. 336 et suiv.

35) Voir l'analyse détaillée de Valcke, P., « Country Report Belgium », dans Blackshaw/Cornelius/Siekman (éd.), *op. cit.*, p. 263 et suivantes. Pour un aperçu général des réglementations relatives aux événements d'intérêt majeur dans les États membres, voir l'article « Le droit de retransmission des grands événements » de Max Schoenthal, IRIS plus, avril 2006, p. 5 et suivantes, disponible sur : http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus4_2006.pdf

Enfin, les participants ont fait rapidement le point sur le droit aux brefs reportages d'actualité dans différents États membres. Au Danemark, le droit aux brefs reportages d'actualité est vendu dans le cadre d'un contrat. Cette vente représente un marché important et très lucratif au Danemark. La Directive SMAV risque à présent de casser ce marché. Par ailleurs, il reste à élucider si la réglementation de la Directive SMAV s'oppose à la Directive 2001/29/CE³⁶ (Directive sur le droit d'auteur) et au principe du « test en trois étapes »³⁷ qui y est inscrit.

La Directive sur le droit d'auteur fixe la protection juridique du droit d'auteur et des droits voisins, notamment en lien avec la société de l'information. Dans le cadre des conditions énoncées, la protection couvre les auteurs et les titulaires de droits voisins en matière, notamment, de reproduction, de communication au public et de mise à la disposition du public (articles 2 et 3 de la Directive sur le droit d'auteur).

Conformément à l'article 4, les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits susmentionnés. Cependant, il convient de noter que l'article 5, paragraphe 5, de la Directive sur le droit d'auteur n'autorise des mesures de restriction ou de limitation que dans certains cas spéciaux (1^{er} niveau), qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé (2^e niveau) et ne causent aucun préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit (3^e niveau). Le considérant 35 de la Directive sur le droit d'auteur prescrit qu'au cas où le droit national prévoit certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés (voir article 5, paragraphe 2, alinéas a), b) et e) pour le droit de reproduction). Le considérant 40 de la Directive SMAV établit clairement que les règles fixées par cette directive en matière de brefs reportages d'actualité devraient être sans préjudice des dispositions de la Directive sur le droit d'auteur³⁸.

Au Danemark, ce thème suscite d'ores et déjà un débat de grande ampleur. En Allemagne, la législation actuelle prévoit un droit aux brefs reportages d'actualité³⁹, néanmoins ceux-ci font systématiquement l'objet d'une mention formelle dans les contrats de cession de droits de retransmission d'événements sportifs. C'est également la méthode pratiquée en Italie.

3. L'aide à la production d'œuvres européennes dans les services à la demande

Le rapport de Pascal Kamina⁴⁰ commençait par une présentation des règles de soutien à la « production d'œuvres européennes » visées aux articles 4⁴¹ et 5⁴² de la Directive TSF.

36) Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JO L 167 du 22 juin 2001, p. 10 et suivantes.

37) Référence à l'article 5, paragraphe 5, de la Directive sur le droit d'auteur.

38) La littérature cherche tout d'abord à établir quelle protection découle des dispositions relatives au droit d'auteur applicables au signal « pur » avant diffusion (qui n'est pas forcément produit par un radiodiffuseur). Ensuite, constat est fait que dans la majorité des cas, les événements concernés ne sont pas protégés par le droit d'auteur. Enfin, il est rappelé que le droit d'auteur en matière de reportages d'actualité prévoit d'ores et déjà des exceptions en faveur des brefs comptes rendus, notamment à l'article 5, paragraphe 3, de la Directive sur le droit d'auteur. Voir Scheuer, A./Schoenthal, M., « Commentary to article 3k AVMSD », dans Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, note 5.

39) Voir l'article 5 du RStV (Traité inter-Länder sur la radiodiffusion).

40) Voir l'article de Pascal Kamina dans cette publication.

41) L'article 4, paragraphe 1, de la Directive TSF énonce : « Les États 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, au sens de l'article 6, une proportion majoritaire de leur temps de diffusion, à l'exclusion du temps consacré aux informations, à des manifestations sportives, à des jeux, à la publicité, aux services de télétexte et au téléachat. Cette proportion, compte tenu des responsabilités de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle à l'égard de son public en matière d'information, d'éducation, de culture et de divertissement, devra être obtenue progressivement sur la base de critères appropriés ».

42) L'article 5 de la Directive TSF énonce : « Les États membres veillent, chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés, à ce que les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent au moins 10 % de leurs temps d'antenne, à l'exclusion du temps consacré aux informations, à des manifestations sportives, à des jeux, à la publicité, aux services de télétexte et au téléachat, ou alternativement, au choix de l'État membre, 10 % au moins de leur budget de programmation, à des œuvres européennes émanant de producteurs indépendants d'organismes de radiodiffusion télévisuelle. Cette proportion, compte tenu des responsabilités des organismes de radiodiffusion télévisuelle à l'égard de leur public en matière d'information, d'éducation, de culture et de divertissement, devra être obtenue progressivement sur la base de critères appropriés; elle doit être atteinte en réservant une proportion adéquate à des œuvres récentes, c'est-à-dire des œuvres diffusées dans un laps de temps de cinq ans après leur production ».

Les États membres ne se sont pas contentés de transposer les dispositions de l'époque de façon réglementaire, ils ont également introduit des règles souvent plus strictes pour renforcer le soutien à la production des œuvres européennes, ce qui était possible en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la Directive TSF.

Alors que de nombreux considérants de la Directive SMAV font référence à la promotion de la « diversité culturelle »⁴³, l'intervenant constate que ces déclarations ne sont relayées par aucun point d'ancrage dans l'article 3 *decies* de cette directive. Il souligne que les services de médias audiovisuels à la demande ont le potentiel de remplacer en partie les programmes télévisés. Par conséquent, l'article 3 *decies* de la Directive SMAV présente une orientation plus économique. La promotion des « œuvres européennes » est d'autant plus importante dans les services non linéaires que ceux-ci ne sont actuellement soumis à aucun quota et que les offres des services à la demande sont, le plus souvent, largement dominées par les productions des États-Unis⁴⁴.

Pascal Kamina a ensuite présenté les différentes spécificités de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV. Lorsque le paragraphe 1 de cet article mentionne les « fournisseurs de services de médias », il ne peut s'agir que de ceux qui sont également investis d'une « responsabilité éditoriale » au sens visé par l'article 1, alinéa c) de la Directive SMAV. L'interprétation plus explicite de ce terme est laissée à l'appréciation des États membres. Par ailleurs, Pascal Kamina a également analysé la formule suivante : « lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés » de l'article 3 *decies*, paragraphe 1 de la Directive SMAV, qui a été reprise à partir des articles 4 et 5 de la Directive TSF, et il s'est attardé sur le caractère spécifique de la « promotion ». La « promotion » d'œuvres européennes peut également faire référence à des modèles de soutien financier autres que ceux qui sont spécifiés à l'article 3 *decies*, paragraphe 1 de la Directive SMAV.

Enfin, Pascal Kamina a fait le point sur la situation en France et sur les progrès effectués dans la mise en œuvre de la directive. La taxe vidéo, qui existait déjà, sera étendue aux offres de vidéo à la demande⁴⁵. Par ailleurs, des conventions interprofessionnelles ont été signées dans lesquelles les producteurs et les distributeurs de services à la demande s'engagent à promouvoir les œuvres françaises, notamment dans le cadre des offres de *streaming* et de téléchargement⁴⁶. Par ailleurs, la France a adopté le 5 mars 2009 une loi fixant un cadre de réglementation pour la transposition de la Directive SMAV⁴⁷.

Amedeo Arena a complété ce rapport par une analyse sur la compatibilité de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV avec les règles de l'OMC, notamment le GATT 1947/1994⁴⁸. Plusieurs scénarii de conflit sont envisageables : par exemple, l'introduction de règles de quotas dans le secteur des services non linéaires pourrait contrevenir au GATT 1947/1994. À cet égard, la règle d'exception visée à l'article IV, alinéa a) du GATT 1947/1994 est inopérante, car elle se réfère au créneau d'exploitation des œuvres cinématographiques.

Amedeo Arena a ensuite orienté son analyse sur la Convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles du 20 octobre 2005⁴⁹. L'article 7 de cette Convention de l'Unesco prévoit notamment que les parties contractantes peuvent prendre des mesures visant à promouvoir les expressions culturelles. En vertu de l'article 20, paragraphe 2, alinéa b, de la Convention de l'Unesco, les parties contractantes doivent tenir compte des dispositions pertinentes de la Convention de l'Unesco lors de l'interprétation et de l'application d'autres traités auxquels elles sont

43) Voir les considérants 1, 4, 5, 8 et 48 de la Directive SMAV, l'intervenant ayant fait un point plus détaillé sur le considérant 48.

44) Kamina renvoie à une étude du cabinet Attentional, Rambøll Management, Oliver & Ohlbaum Associates, Headway International du 15 octobre 2008 réalisée à la demande de la Commission européenne : *Study on the application of measures concerning the promotion of distribution and production of European works in audiovisual media services, including television programmes and non-linear services*, disponible sur : http://ec.europa.eu/avpolicy/info_centre/library/studies/index_en.htm

45) De la sorte, les auteurs perçoivent une rémunération sur l'exploitation de leurs œuvres dans le cadre de la VOD ; voir « Questions juridiques actuelles en France » de l'Observatoire européen de l'audiovisuel dans IRIS *Spécial* 2007, Les aspects juridiques de la vidéo à la demande, p. 96.

46) Voir Protocole d'accord interprofessionnel sur le cinéma à la demande du 20 décembre 2005. Voir également IRIS 2006-3:14, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/3/article24.fr.html>

47) La loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision est disponible sur : <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020352071&categorieLien=id>

48) Voir l'article d'Amedeo Arena dans cette publication.

49) La Convention est disponible sur : http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

parties. De ce fait, on pourrait parvenir à une interprétation des accords du GATT en conformité avec la convention de l'Unesco. Concrètement, cela signifierait que les États membres puissent se référer à la Convention de l'Unesco pour transposer les dispositions visant à la « promotion des œuvres européennes » au sens visé par l'article 3 *decies* de la Directive SMAV et qu'il n'y aurait, en définitive, aucune transgression des dispositions du GATT 1947/1994. Amedeo Arena a, par ailleurs, évoqué l'affaire *UTECA*, où il avait été fait référence à la convention de l'Unesco⁵⁰. L'un des participants a fait remarquer à ce propos que les avocats des États-Unis accordaient peu de crédit aux déclarations d'intention et aux objectifs de la Convention de l'Unesco.

La discussion qui a suivi était orientée sur le critère de « promotion » des œuvres européennes au sens visé par l'article 3 *decies* de la Directive SMAV. Pour la majorité des participants, il semble établi que l'article 3 *decies* de la Directive SMAV laisse aux États membres une grande latitude dans la transposition de cette disposition qui, selon certains, pourrait même servir à justifier l'absence de mesures de la part des États membres. En effet, l'article 3 *decies* de la Directive SMAV mentionne simplement que les États membres doivent veiller à la promotion des œuvres européennes « lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés ». L'un des participants a comparé cette disposition à une option d'*opt-out*.

Pour le reste, les participants ont discuté des progrès des États membres dans la transposition de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV : par exemple, le projet de loi (non encore publié) des Pays-Bas ne prévoit pas de dispositions concernant la VOD, ni de référence explicite à la « promotion des œuvres européennes ». En revanche, la France, comme cela a déjà été mentionné, devrait introduire des mesures visant à promouvoir les œuvres nationales. La communauté belge francophone a également mené un débat animé sur cette disposition. Le projet de loi actuel⁵¹ reprend, pour l'essentiel, la formulation du considérant 48 de la Directive SMAV. En outre, dans la communauté belge francophone, les fournisseurs de services de médias non linéaires devraient mettre en valeur de façon spécifique les œuvres européennes incluses dans leurs catalogues en mettant en évidence la liste des offres européennes par une présentation attrayante⁵². On peut donc s'attendre à ce que les instances de régulation soient sollicitées, à l'avenir, par les avocats des organismes de médias désireux de se conformer aux exigences, pour fournir des précisions sur la signification du terme « attrayante ».

Pour finir, les participants se sont interrogés sur la forme que devrait prendre le « soutien » aux œuvres européennes. Étant donné que la phrase 3 du considérant 48 de la Directive SMAV ne mentionne une « contribution financière » qu'à titre d'exemple de soutien, la majorité des participants estime que toute forme de promotion peut être retenue. Dans ce cadre, les États membres ont le libre choix des moyens pour transposer cette disposition.

Les participants étaient unanimes pour reconnaître que la véritable difficulté, lors de la transposition, réside dans la formulation employée par la Directive SMAV. En effet, la « promotion » visée à l'article 3 *decies* de la Directive SMAV peut difficilement être transposée sous une forme juridique concrète par les États membres. C'est pour cette raison qu'il est impossible de juger de l'état actuel de la mise en œuvre de cette disposition par les États membres.

4. Protection des mineurs et Directive SMAV en Grande-Bretagne : le choix entre régulation classique, corégulation et autorégulation

Dans le dernier rapport consacré aux options de régulations disponibles lors de la transposition, Lorna Woods⁵³ a abordé la question de la protection des mineurs dans les médias en Grande-Bretagne. Elle a tout d'abord passé en revue les divers acteurs⁵⁴ responsables de la protection des mineurs dans les médias. Ensuite, elle a exposé les différentes méthodes pour garantir la protection des mineurs dans

50) Arrêt de la CJCE du 5 mars 2009 dans l'affaire C-222/07, *UTECA*, disponible sur :

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=fr&num=79909694C19070222&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>

51) Le projet de loi est disponible sur : <http://staatsbladclip.zita.be/moniteur/lois/2009/03/18/loi-2009029140.html>

52) Article 47 *bis*: « La RTBF et les éditeurs de services doivent dans leurs services télévisuels non linéaires assurer une mise en valeur particulière des œuvres européennes comprises dans leur catalogue, en ce compris des œuvres originales d'auteurs relevant de la Communauté française, en mettant en évidence, par une présentation attrayante, la liste des œuvres européennes disponibles ».

53) Voir l'article de Lorna M. Woods dans cette publication.

54) British Broadcasting Corporation (BBC), Office of Communications (Ofcom), Advertising Standards Authority (ASA), British Board of Film Classification (BBFC), etc.

les médias, depuis le système d'autorégulation jusqu'au système de régulation globale classique, en passant par la corégulation.

Afin d'illustrer la nécessité de réglementer pour assurer la protection des mineurs, elle a cité l'exemple des publicités pour la *junk-food* (publicités pour des aliments à forte teneur en sucres, en graisses et en sel), car les jeunes sont l'une des cibles privilégiées de l'industrie. Elle a exposé un certain nombre d'options permettant de traiter ce problème. Elle a également fourni des informations sur les solutions en matière de publicité pour l'alcool qui joue également un grand rôle en Grande-Bretagne.

À la suite de quoi, Lorna Woods a présenté les premiers résultats de la consultation publique⁵⁵ sur la transposition de la Directive SMAV en Grande-Bretagne⁵⁶. Le débat a porté sur l'introduction d'un modèle harmonisé de régulation et des dispositions de la Directive SMAV en matière de publicité (éventuellement en excluant le placement de produit). En revanche, la protection des mineurs n'occupe pas réellement une place centrale, ce qui pose un gros problème, puisque désormais le flou règne sur la manière de traiter cette question lors de la transposition de la Directive SMAV. Lorna Woods estime qu'il est indispensable de trouver un système de régulation efficace pour assurer la protection des mineurs dans les médias en Grande-Bretagne.

Dans la discussion qui a suivi, l'un des participants s'est enquis tout d'abord du *statu quo* concernant les mesures relatives aux compétences des médias dans les États membres. Il lui a été répondu que la Directive SMAV abordait la question de la compétence des médias⁵⁷, mais que ce thème n'était pas l'objet de cet atelier.

La question a ensuite été posée de savoir comment les fournisseurs de services à la demande devaient signaler les contenus préjudiciables pour les mineurs inclus dans leur offre pour se conformer aux exigences de la Directive SMAV. Est-il suffisant de diffuser un message avant l'activation du contenu indiquant que l'accès est interdit aux mineurs ou faut-il que le fournisseur contrôle si la personne concernée est réellement majeure ? Dans certains États membres, la loi exige d'ores et déjà que les utilisateurs fournissent la preuve de leur âge, ce qui a eu pour conséquence la fermeture des offres de *chat-box* (forum de messagerie instantanée en temps réel). En France, le CSA a instauré une obligation de signalisation pour les fournisseurs de contenus préjudiciables pour les jeunes. À ce sujet, des questions ont été formulées concernant la protection des données. Il a été rapporté qu'en vue de répondre à cette exigence de preuve positive de l'âge des utilisateurs, certains fournisseurs s'étaient permis de consulter les informations mentionnées sur le permis de conduire ou sur les attestations de sécurité sociale, ce qui, bien entendu, n'est pas la « bonne méthode ».

L'un des participants a cité l'exemple douteux d'une pratique de « bombardement de SMS » : aux Pays-Bas, à la suite d'un meurtre, la police a envoyé un SMS à tous les téléphones portables se trouvant dans la zone du crime pour demander aux abonnés s'ils avaient été « témoins du meurtre ». Il a ajouté que des mineurs avaient également reçu ce SMS, ce qui, de façon bien compréhensible, les avait choqués.

Les participants étaient unanimes pour convenir que ce type de SMS pouvait avoir des effets préjudiciables sur les mineurs. Pour éviter cela, il faudrait vérifier au préalable, c'est-à-dire avant l'envoi d'un SMS, par un dispositif technique, que les numéros des téléphones portables ne sont pas attribués à des personnes mineures.

Selon les informations fournies par un participant, en Italie, deux initiatives prises en vue de renforcer la protection des mineurs n'ont pas fonctionné de façon très efficace. Tout d'abord, il y a eu la mise en place de *Minors and Mobiles*, un dispositif d'autorégulation selon lequel les opérateurs de téléphonie mobile d'Italie devaient vérifier, sur la base des données de facturation, que leurs clients n'étaient pas mineurs. Or, seuls quelques opérateurs ont accepté de se plier à cette règle, de sorte que l'initiative a échoué. D'autre part, il y a eu le système volontariste *Internet and Minors*, en vertu duquel

55) Voir également DCMS, *Consultation on Proposals for the Implementation of the EU Audiovisual Media Services Directive in the United Kingdom: Summary of Responses*, mars 2009, disponible sur : http://www.dcms.gov.uk/images/publications/summary_report.pdf

56) Voir l'avis d'Andy Burnham, Secrétaire d'État, disponible sur : http://www.culture.gov.uk/reference_library/minister_speeches/5932.aspx

57) Voir l'article 26 de la Directive SMAV.

chaque fournisseur devait signaler ses offres en fonction du contenu. Ce système n'a pas fonctionné, car seuls les prestataires Internet nationaux étaient concernés. Les sites étrangers ne présentaient, quant à eux, aucune signalisation sur la nature des contenus⁵⁸.

Enfin, les participants ont discuté des modèles de régulation en place. Le débat s'est concentré tout d'abord sur l'article 3 *sexies*, paragraphe 2, de la Directive SMAV et les circonstances de son apparition. Initialement, il était prévu de conférer à cette disposition un caractère plus contraignant par l'emploi du terme « doivent ». Lors des séances de concertation sur la Directive SMAV, la formulation a été assouplie. La version actuelle indique simplement que les États membres « encouragent » les fournisseurs. L'un des participants a déclaré que, dans certains pays tels que la Bulgarie, les modèles d'autorégulation qui peuvent être envisagés ne sont pas particulièrement efficaces. Contrairement aux autres États membres, tels que la Grande-Bretagne, ces pays n'ont aucune expérience en matière d'autorégulation. Les participants étaient d'accord pour reconnaître qu'à bien des égards, il est parfois difficile de faire la distinction entre corégulation et autorégulation⁵⁹. L'étude réalisée en Grande-Bretagne⁶⁰ qui comporte des critères de distinction pour les deux modèles ne permet pas de résoudre cette difficulté. Par ailleurs, il est établi que si l'autorégulation est, sur le principe, un bon modèle, il n'est toutefois pas conseillé de laisser la protection des mineurs dans les médias entièrement régie par un système d'autorégulation. Selon les termes de la directive et conformément à l'interprétation de la Commission, la *seule* utilisation du modèle d'autorégulation n'est pas conforme aux exigences de la Directive SMAV. De plus, le système de corégulation constitue un outil mieux adapté pour permettre aux États membres de transposer de façon règlementaire les dispositions de la Directive SMAV dans le droit national (à moins qu'ils n'utilisent le système d'autorégulation en complément d'un système de régulation classique par l'État).

IV. Transposition de la Directive SMAV du point de vue du législateur et des instances de régulation

1. Application : compétence et coopération

Tom Krieps⁶¹ a exposé la position du Conseil National des Programmes (CNP) du Luxembourg concernant l'article 2 de la Directive SMAV. Au début de son rapport, il a établi que l'affaire *Al Manar*⁶² avait introduit un changement de paradigme au niveau des programmes provenant de pays tiers. D'une part, le changement des critères de compétences énoncés à l'article 2 de la Directive TSF entraîne une décharge des pays dans lesquels sont stationnés les opérateurs de satellites (France, Luxembourg). D'autre part, les autorités de régulation des États membres ont décidé de renforcer leur coopération sur les questions de régulation. L'intervenant a souligné à cette occasion l'importance de resserrer les liens de coopération entre les autorités de régulation en Europe.

Avant d'aborder la question de l'établissement de la compétence du Luxembourg pour les services de médias audiovisuels transfrontaliers, Tom Krieps a exposé l'issue de l'affaire la plus récente en la matière concernant RTL⁶³. L'établissement de la compétence d'un État membre pour un fournisseur de services de médias ne pose pas de problème si, et seulement si, l'attribution de la compétence est évidente⁶⁴. Ensuite il a pris l'exemple de SES Astra, un opérateur de satellite implanté au Luxembourg qui enregistre tous les programmes provenant des États tiers et communique le nombre de programmes

58) Voir l'étude de HBI/EMR, Annexe 5 : *Reports on possible co-operative regulatory systems, Study on Co-Regulation Measures in the Media Sector, Study for the European Commission, Directorate Information Society and Media, Unit A1 Audiovisual and Media Policies*, juin 2006, Country Report Italy, p. 398 et suivantes, disponible sur : <http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/coregul/annex5.pdf>

59) Un participant a fait remarquer que de nombreux organismes en Grande-Bretagne n'arrivaient pas à déterminer clairement s'ils étaient une instance de corégulation ou d'autorégulation.

60) Voir note 55.

61) Voir l'article de Tom Krieps dans cette publication.

62) Décision du Conseil d'État français du 13 décembre 2004, numéro 274757; voir IRIS 2005-2 : 12, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/2/article21.fr.html>

63) Arrêt du Conseil d'État belge du 15 janvier 2009, numéro 189.503 ; voir IRIS 2009-4 : 5, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2009/4/article5.fr.html>

64) Voir les critères énoncés à l'article 2, paragraphe 3, alinéa a) et b) de la Directive SMAV : « Où est le siège social ? », « Où sont prises les décisions éditoriales ? », « Où opère la majeure partie des effectifs ? ».

à l'instance de régulation de la radiodiffusion du Luxembourg⁶⁵. Les utilisateurs doivent indiquer à SES Astra à partir de quel(s) État(s) membre(s) ils opèrent. Ensuite, l'intervenant a abordé deux problèmes qui se posent au niveau de la retransmission des programmes par SES Astra : en cas de revente de capacités, l'opérateur de satellite ignore souvent totalement qui est l'utilisateur effectif, puisqu'il ne négocie pas de contrat directement avec lui. Ainsi, le « véritable » responsable d'un programme ne peut pas toujours être identifié clairement. En outre, depuis l'introduction des procédures multiplexes, il est désormais possible de diffuser un grand nombre de programmes sur une même fréquence. Si SES Astra désactivait totalement un transpondeur sur lequel circulent des contenus illicites, cela affecterait également les autres fournisseurs utilisant la même fréquence. Cette situation pourrait être à la source de problèmes juridiques considérables.

Pour finir, Tom Krieps a procédé à l'examen de la disposition visée à l'article 2, paragraphe 4, de la Directive SMAV. Afin de déterminer de quel État membre relève un fournisseur de services de médias, il faut tenir compte de l'emplacement de la station à partir de laquelle se fait la liaison montante satellitaire⁶⁶.

L'utilisation d'une certaine fréquence par les chaînes de télévision n'est plus déterminante⁶⁷. En dépit de cette modification, Tom Krieps estime que tous les problèmes ne sont pas réglés.

Bien que SES Astra ne soit pas autorisé à diffuser des programmes dont la liaison montante est établie dans un État tiers, ces programmes seraient transmis sur les fréquences de SES Astra si les fournisseurs de services de médias avaient acquis une licence dans un autre État membre européen⁶⁸. Par ailleurs, la situation peut se transformer en un « jeu du chat et de la souris » : si une liaison montante satellitaire est fermée dans un État membre pour cause de diffusion de contenus illicites, le fournisseur peut simplement changer d'État pour utiliser une autre liaison montante sur le nouveau site. Certains fournisseurs de services de médias pourraient ainsi choisir le site le plus intéressant pour eux. Par conséquent, il est nécessaire que les États membres renforcent leur coopération pour connaître les stations de liaison montante existantes et pouvoir appliquer efficacement les dispositions de la Directive SMAV.

Lors de la discussion qui a suivi, la majorité des participants a souligné l'importance d'un contrôle de l'emplacement des liaisons montantes par les autorités compétentes. Ce contrôle devrait être optimisé par le biais d'une coopération plus étroite entre les États membres. Par ailleurs, les participants ont également relevé les difficultés rencontrées par les autorités pour identifier les « moutons noirs » qui changent simplement d'État après la fermeture de leur station de liaison montante.

Pour résoudre ce problème, les opérateurs de satellites pourraient communiquer aux autorités les informations requises concernant les entreprises qui exploitent une liaison montante en utilisant leurs capacités et les services de médias diffusés à partir de cette liaison montante. Les opérateurs de satellite savent, pour des raisons techniques, où se trouve l'emplacement d'une liaison montante. D'autre part, cet élément est mentionné dans les contrats. Néanmoins, on peut se demander si les opérateurs de satellites sont prêts à communiquer ce type d'information.

Par la suite, certains participants ont évoqué la difficulté d'identifier des programmes individuels lors de l'utilisation d'un procédé multiplexe. L'un des participants a suggéré que les autorités de régulation pourraient avoir accès aux bases de données des opérateurs de satellite dans lesquelles est spécifiée l'attribution des fréquences. Mais il serait difficile de tenir à jour en permanence cette base de données. Ainsi, dans le cas de SES Astra, il existe un répertoire datant de 2007, mais du fait de la rapidité des développements en cours, il est difficile de se procurer des données à jour, d'autant plus

65) Service des Médias et des Communications (SMC).

66) C'est-à-dire l'envoi des signaux depuis la station terrestre jusqu'au satellite.

67) L'article 2, paragraphe 4 de la Directive TSF énonce : « Les organismes de radiodiffusion télévisuelle auxquels ne s'appliquent pas le paragraphe 3 sont réputés relever de la compétence d'un État membre dans les cas suivants :

a) s'ils utilisent une fréquence accordée par cet État membre ;

b) si, n'utilisant pas une fréquence accordée par un État membre, ils utilisent une capacité satellitaire relevant de cet État membre ;

c) si, n'utilisant ni une fréquence accordée par un État membre ni une capacité satellitaire relevant d'un État membre, ils utilisent une liaison montante vers un satellite, située dans cet État membre ».

68) Tel était le cas, par exemple, des programmes d'Al-Jazeera.

que les opérateurs de satellites adoptent une attitude « pour le moins peu coopérative ». L'un des participants a souligné que les États membres avaient déjà mis en place une collaboration positive. C'est le cas, par exemple, du CSA français et de la communauté belge francophone. En revanche, la collaboration avec le CNP s'avère plus difficile.

Autre point important : les participants ont constaté que les fournisseurs de services VOD établis dans un État tiers pourraient, le cas échéant, ne pas être concernés par l'article 2 de la Directive SMAV, de sorte qu'on ne peut déterminer clairement de quelle compétence ils relèvent. Cet état de fait doit être accepté, au même titre que le risque de voir des fournisseurs de services de médias quitter l'Europe parce qu'ils sont en désaccord avec les dispositions de l'article 2 de la Directive SMAV. Les fournisseurs en provenance d'États tiers ont néanmoins intérêt à venir s'installer en Europe et relever de la juridiction d'un État membre ; sinon, ils pourraient se retrouver exposés à 27 réglementations potentiellement différentes. Hors d'Europe, le principe du pays d'origine n'est pas applicable du tout ou, du moins, pas dans toute la mesure prévue par la Directive SMAV.

L'un des participants a abordé la question de l'expérience des États baltes en matière de coopération⁶⁹. Les représentants des autorités de régulation d'Estonie, de Lettonie et de Lituanie se réunissent deux fois par an pour échanger des informations.

Les problèmes liés à la détermination de la domiciliation d'un fournisseur de services de médias ont été exposés à l'aide de l'exemple du radiodiffuseur *Pirmais Baltijas Kanāls* (première chaîne balte). Son programme principal est composé à 95 % de la télévision d'État russe. Le diffuseur utilise Riga comme site d'implantation de sa liaison montante. En même temps, il est établi officiellement à Londres, où il a obtenu une licence de radiodiffusion de l'Ofcom en 2006. Mais la majorité de son personnel est employée à Riga. Les émissions publicitaires, en revanche, sont produites dans différents États baltes, d'où elles sont injectées dans le signal de liaison montante. Dans une telle situation, il est extrêmement complexe de déterminer à quel niveau sont prises les « décisions éditoriales » et quel est l'État compétent à cet égard.

2. Limitation de la libre circulation des services en cas de propos racistes, d'atteinte à la dignité humaine et de contenus préjudiciables

Dans son rapport, Martine Coquet⁷⁰ a tout d'abord présenté les dispositions de la Directive SMAV interdisant les propos racistes et les contenus préjudiciables au développement des mineurs⁷¹. Ces dispositions impliquent, en même temps, une limitation de la libre circulation des services de médias audiovisuels. L'intervenante a repris la Directive TSF pour en comparer les dispositions avec celles de la Directive SMAV. Elle a mis en évidence le fait que les mesures d'intervention sur la libre circulation des services sont régies différemment, selon qu'il s'agit d'émissions télévisées ou de services à la demande (voir article 2 *bis*, paragraphes 2 et 4, de la Directive SMAV). Dans le premier cas, les États membres peuvent prendre certaines dispositions à titre simplement « provisoire » pour déroger à la garantie, en principe illimitée, du libre accès aux services de médias audiovisuels provenant d'autres États membres. Dans le dernier cas, les États membres sont, par contre, autorisés à déroger de façon permanente à cette obligation.

L'intervenante a ensuite abordé la situation française. Elle a présenté le cadre juridique en place, notamment les articles 1, 3, 15 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (loi Léotard), qui régissent également la protection de la dignité humaine, l'interdiction des propos racistes et la protection des mineurs⁷², et pointé les modifications qui s'avèrent nécessaires du fait de la Directive SMAV.

Martine Coquet a exposé la pratique antérieure du CSA face à la diffusion de contenus illicites⁷³. Elle a cité plusieurs exemples de mesures prises par le CSA au cours des dernières années⁷⁴. Dans

69) Voir l'article d'Andris Mellakauls dans cette publication pour une analyse détaillée de la situation dans les États baltes.

70) Voir l'article de Martine Coquet dans cette publication.

71) Voir l'article 3 *ter*, 3 *sexies* paragraphe 1 alinéa g, 3 *nonies*, de la Directive SMAV.

72) Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (loi Léotard). La loi est disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068930&dateTexte=20090423>

73) Tout d'abord, un avertissement est envoyé, suivi d'une mise en demeure, puis d'un blocage, et enfin d'une saisine du Conseil d'État.

74) L'intervenante a cité notamment l'exemple de l'affaire *Al Manar*, dont a été saisi le Conseil d'État (voir note 62). En revanche, l'affaire *Al Aqsa TV* n'a donné lieu qu'à un avertissement à l'encontre d'EtelSat, l'enjoignant à ne plus diffuser ce programme. L'opérateur de satellite s'y est plié.

la plupart des cas, ces mesures visaient des diffuseurs arabes qui, de l'avis du CSA, incitaient à la haine.

Martine Coquet a rappelé l'interdiction, en vigueur en France, de produire des programmes télévisés destinés aux enfants de moins de trois ans. Toutefois cette interdiction ne serait pas applicable lorsque des fournisseurs de services de médias détiennent une licence délivrée par d'autres États membres. Elle a notamment cité l'Ofcom comme étant l'une des instances d'attribution de licences les plus actives à cet égard.

Certains problèmes sont également apparus en France concernant la détermination de la compétence. Ainsi, la chaîne X Stream a commercialisé son programme *via* EutelSat, mais le siège du diffuseur est établi à Panama.

Pour finir, Martine Coquet a fait le constat que la Directive SMAV ne fournit aucune solution permettant de définir quelle est l'instance compétente pour des programmes distribués par des radiodiffuseurs hors d'Europe par l'intermédiaire d'opérateurs de satellite. En outre, il est souvent difficile de se procurer l'adresse exacte des radiodiffuseurs, en particulier des chaînes pirates. Pour régler ce problème, il serait nécessaire, estime l'intervenante, de trouver des solutions au niveau national.

Dans la discussion qui a suivi, l'un des participants a déclaré ne pas comprendre pourquoi la France avait décidé l'interdiction absolue de programmes télévisés pour les jeunes enfants de moins de trois ans. Il a indiqué qu'en Allemagne, il existe la chaîne *Kinderkanal*, dont le financement public a été agréé par la Commission en 1999⁷⁵ et qui diffuse des programmes d'une certaine qualité. Il estime que dans un souci de cohérence, la France devrait également bloquer les fournisseurs d'accès Internet, puisque les programmes pour enfants peuvent désormais être visionnés en ligne. On lui a répondu que le CSA français était parvenu à la conclusion, en concertation avec des pédopsychologues, que la télévision n'était pas adaptée aux enfants de moins de trois ans. Il apparaît nécessaire que les enfants découvrent leur environnement sans la télévision. C'est pour cette raison que cette interdiction est maintenue et qu'une réglementation concernant les services en ligne devrait suivre. Il est vrai qu'on ne peut pas bloquer les programmes diffusés à partir d'autres États membres. Dans ces cas-là, le CSA demande formellement au fournisseur de bien vouloir placer un pictogramme d'avertissement sur les programmes diffusés.

Le débat a porté sur les nombreuses plaintes adressées à la Commission concernant des programmes à caractère pédopornographique. L'assemblée est tombée d'accord sur le fait que ce n'est pas le rôle de la Commission, au premier chef, de traiter ces plaintes. L'un des participants a indiqué que les citoyens des États membres devaient être informés de la procédure, qui veut qu'ils s'adressent en premier lieu aux instances de régulation nationales. La Commission pourrait peut-être mettre en place un site virtuel de réception des plaintes (selon une formule « tout-en-un ») pour les citoyens de l'Union. La majorité des participants a reconnu la nécessité d'une coopération renforcée entre les instances de régulation des États membres.

Un autre thème abordé concernait la difficulté de déterminer le siège ou l'adresse d'un fournisseur de programmes, ainsi que la transposition concrète de l'obligation d'identification du fournisseur découlant de l'article 3 *bis* de la Directive SMAV. Les participants ont envisagé diverses solutions : d'une part, la possibilité de trouver l'adresse exacte du fournisseur très facilement par le biais de moteurs de recherche tels que Google ou de communautés virtuelles telles que Facebook⁷⁶ ; d'autre part, la possibilité d'imposer aux opérateurs de satellites SES Astra et EutelSat l'obligation de tenir un registre. Comme évoqué lors de la discussion précédente, les opérateurs devraient communiquer aux instances de régulation un répertoire tenu à jour des programmes et de leurs fournisseurs. L'un des arguments de poids, à cet égard, reposait sur le fait qu'une telle obligation s'est déjà avérée fructueuse avec une

75) Le communiqué de presse correspondant de la Commission du 24 février 1999 est disponible sur :

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/99/132&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>

76) Un participant a indiqué que les services fiscaux des États-Unis avaient d'ores et déjà obtenu des résultats de cette manière.

entreprise de télécommunications⁷⁷. Néanmoins, une critique a été émise à l'égard de cette proposition : les fournisseurs de programmes peuvent changer tout simplement de nom ou de lieu d'implantation de la liaison montante dès qu'ils reçoivent une mise en demeure de la part d'une instance de régulation. À la télévision, on peut facilement reconnaître, à la façon dont sont composés les programmes, qu'il s'agit toujours d'un même fournisseur qui opère sur une autre fréquence.

Par ailleurs, proposition a été faite d'introduire l'obligation de tenir un registre des fournisseurs pour les instances de régulation. Celles-ci pourraient ainsi intervenir en cas de contenus douteux.

En conclusion, il a été établi, de l'avis général, que la transparence revêtait une importance particulière dans le secteur de l'audiovisuel, mais qu'elle ne pouvait malheureusement pas être instaurée à part entière. Il est donc nécessaire de poursuivre le débat sur la question des modalités de mise en place d'une transparence suffisante.

3. Régulation assurée par les instances nationales *ad hoc* : l'exemple des communications commerciales

Margaret Tumelty⁷⁸ a présenté la méthode irlandaise de mise en œuvre des dispositions de la Directive SMAV en matière de communications commerciales⁷⁹. Après avoir indiqué qu'un projet de loi était prévu d'ici fin février 2009, elle a fait le point sur les différentes réglementations en place en Irlande (concernant notamment la protection des mineurs dans la publicité et l'accès aux services de médias audiovisuels à la demande).

Ces questions sont encadrées par le *Broadcasting Act* de 2001⁸⁰ et les deux codes de réglementation de la publicité qui en découlent : le *Children's Advertising Code* de 2005⁸¹ et le *BCI General Advertising Code* de 2007⁸². L'intervenante a présenté en détail les objectifs et spécificités respectifs de ces deux sources juridiques. La publicité pour les produits alimentaires, en particulier, est soumise à un contrôle très strict (les additifs tels que le sucre, etc. doivent être mentionnés très clairement).

Elle a ensuite exposé la procédure selon laquelle les deux codes ont pu voir le jour. Cette procédure comportait plusieurs étapes : tout d'abord, un projet a été rédigé, comportant des définitions et un plan général. Ensuite, ce projet a été présenté au public et les différents groupes d'intérêts ont pu exprimer leurs propositions et leurs objections. Dans un troisième temps, le projet a été rédigé sur la base des résultats de cette consultation. Cette procédure présente l'avantage de « désamorcer » les polémiques de la part des défenseurs des diverses positions au fur et à mesure de son déroulement, de discuter de façon beaucoup plus pragmatique et d'évacuer d'emblée la plupart des malentendus. Globalement, cela renforce le sentiment d'adhésion aux règles qui sont issues de cette procédure.

Margaret Tumelty a ensuite examiné les différentes dispositions de la Directive SMAV et spécifié celles qui restaient à mettre en œuvre en Irlande, celles qui étaient déjà inscrites dans les codes en vigueur et celles qui devaient être formulées de façon plus spécifique.

Ainsi, le projet de loi irlandaise prévoit des dispositions visant à transposer les articles 3 *sexies*, 3 *octies* et 3 *nonies* de la Directive SMAV dans le droit national. Pour l'heure, les services audiovisuels à la demande en sont au stade de la discussion et on ne peut qu'attendre avec impatience de voir ce qui en ressortira. Quant au placement de produit, rien n'a encore été fait à ce sujet en Irlande.

77) Le participant a renvoyé à cet égard à l'obligation de transparence visée à l'article 21 de la 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) JO L 108 du 24 avril 2002, p. 51, obligation qui incombe aux instances de régulation. Ainsi, la *Bundesnetzagentur* (agence nationale de régulation des télécommunications en Allemagne) saisit tous les numéros attribués de type (0)900 (numéros de services à valeur ajoutée) dans une base de données et publie celle-ci sur Internet, conformément à l'article 66h, paragraphe 2 de la TKG (loi sur les télécommunications).

78) Voir l'article de Margaret Tumelty dans cette publication.

79) Voir les articles 3 *sexies*, paragraphe 1, 3 *octies*, 3 *nonies*, 10, 15 de la Directive SMAV.

80) Disponible sur : <http://www.irishstatutebook.ie/2001/en/act/pub/0004/index.html>

81) Disponible sur : http://www.bci.ie/documents/childrens_code_oct_04.pdf

82) Disponible sur : http://www.bci.ie/documents/BCI_gen_ad_code_mar_07.pdf

En conclusion, Margaret Tumelty a constaté, tout en le déplorant, qu'on ne pouvait pas toujours *de facto* déterminer clairement qui, du législateur ou des instances de régulation, menait effectivement la politique.

Dans le débat qui a suivi, les participants se sont tout d'abord demandé s'il était bon que les instances de régulation puissent jouer un rôle stratégique dans la politique des médias. Cela pose problème, en fait, lorsque le législateur laisse à l'appréciation des instances de régulation des décisions qu'il pourrait prendre lui-même par des mesures législatives. Ainsi, un participant a demandé pourquoi, en Irlande et dans d'autres États membres, la publicité qui s'adresse aux mineurs de façon préjudiciable n'était pas purement et simplement interdite par la loi. Le concept selon lequel la décision concernant des contenus préjudiciables est du ressort des instances de régulation a également fait l'objet de critiques. Sur ce, quelqu'un a fait remarquer qu'une interdiction légale avait pour effet principal de donner de l'importance à un produit. Il serait donc préférable d'opter pour une régulation secondaire. Une autre solution consiste à recourir à des engagements sur une base contractuelle ou volontaire de la part de l'industrie. Cette méthode est également préférable à une interdiction légale. Les participants se sont ensuite penchés sur la situation des différents États membres. En Grande-Bretagne, par exemple, il existe un système inspiré des feux de circulation, selon lequel l'industrie classe les spots publicitaires pour produits alimentaires en reprenant la couleur des feux⁸³.

En France, la tradition veut généralement que le législateur ne prescrive pas tout en matière de surveillance de la radiodiffusion. Cela permet davantage de flexibilité au niveau de la pratique du CSA. Il en va de même en Allemagne. En revanche, l'instance hongroise de régulation n'a pas compétence pour édicter des règles d'exécution. En Belgique également, le droit belge ne confère à l'instance de régulation aucun pouvoir réglementaire et, partant, aucune possibilité de prendre des mesures de régulation. Les compétences en matière de législation et de réglementation sont transférées au Parlement. C'est ce dernier qui a, par exemple, adopté le *Code of Conduct*⁸⁴. Par ailleurs, il n'est pas bon que les instances de régulation disposent d'un pouvoir de décision trop important. Il serait préjudiciable, en particulier, que le Parlement n'assure pas la mission fondamentale pour laquelle il est payé. Lorsque les décisions sont déléguées à des instances de régulation, qui auraient besoin à cet effet de ressources humaines et financières, il est illogique que le législateur perçoive une rémunération. Selon une autre opinion, il existe parmi les États membres divers modèles qui reflètent les différences culturelles. Il n'est pas forcément négatif que le Parlement s'efface pour laisser la mise en œuvre des dispositions générales de la réglementation à l'initiative des instances de régulation.

Ceci n'implique pas, non plus, un gaspillage de l'argent des contribuables, car le législateur fournit sa contribution en adoptant et en déterminant le contenu fondamental des normes, qui fixent les tâches des instances de régulation.

Le débat s'est développé sur d'autres avantages présumés, liés à l'intervention des instances de régulation dans le domaine des médias. L'un des participants a déclaré ne pas voir en quoi la mise en place de telles instances pouvait permettre de remplir les objectifs d'une politique de libre communication avec plus d'efficacité qu'un encadrement assuré par les organes exécutifs habituels investis d'une mission correspondante. On lui a répliqué qu'une répartition des tâches sur la base d'instances de régulation avait pour but de protéger la liberté d'expression et des médias, notamment contre l'influence de l'État sur les processus de communication. Afin de garantir également l'indépendance des médias, il est préférable d'appliquer des modèles qui maintiennent la plus grande distance possible avec l'État. La mise en place d'autorités de régulation indépendantes permet de prévenir le risque d'une prise d'influence directe sur le contenu de la communication, dans la mesure où le pouvoir étatique, sous forme de gouvernement et de parlement, est limité. Le législateur peut fixer des exigences en matière de transparence et de champ de compétence des autorités, de même qu'il peut définir les procédures de base et les critères en fonction desquels ces autorités doivent travailler. Le contrôle de la régularité de leurs actions se fait généralement par le biais de procédures judiciaires et de façon publique.

83) Ce système appelé *traffic light labelling* est disponible sur : <http://www.eatwell.gov.uk/foodlabels/traffilight/>

84) Une présentation des différentes réglementations existant en Belgique en matière de publicité pour les enfants est disponible sur : http://www.obs.coe.int/online_publication/reports/advertising_children_europe_be.pdf

Certains participants ont souligné le fait que, contrairement à d'autres directives, la Directive SMAV laisse une grande marge de manœuvre pour sa transposition, notamment sur la question de l'attribution de la mission de régulation suite à la transposition. Il faut tout d'abord être en mesure d'apprécier correctement dans quels domaines il convient d'instaurer un contrôle et un suivi assurés par des instances de régulation. Par conséquent, il faut qu'il y ait un équilibre entre les objectifs poursuivis par les instances de régulation nationales et le système souhaité pour l'Europe. Cela pourrait passer par l'intégration plus étroite des instances de régulation nationales dans la procédure décisionnelle européenne. On pourrait également mettre en place un dispositif permettant de sensibiliser les acteurs législatifs européens à la spécificité des médias audiovisuels due à la diversité culturelle. Le Comité de contact pourrait servir de plateforme à cet égard.

Pour finir, les participants ont examiné s'il était nécessaire que les États membres augmentent les moyens des instances de régulation nationales, en termes de ressources humaines et financières, et si une telle augmentation était probable. À cet égard, le Danemark est encore dans l'expectative, car il lui faut tout d'abord recueillir des informations. Néanmoins, les moyens financiers ne seront sans doute pas augmentés. En France, le CSA a demandé davantage de personnel. Aux Pays-Bas, il n'y aura pas de hausse du budget de contrôle des médias. Dans les États baltes non plus, les moyens financiers n'ont pas été augmentés, car ils sont liés aux recettes des chaînes télévisées. L'Allemagne prévoit, entre autres, une réforme structurelle du dispositif de contrôle des médias, qui devrait être terminée en 2013. Il apparaîtra, d'ici là, s'il est nécessaire ou non de doter le système de davantage de personnel. L'autorité britannique de régulation, l'Ofcom, qui est également chargée de la régulation du secteur des télécommunications, emploie environ 1 800 personnes. Il n'y aura sans doute pas d'augmentation de personnel ni de budget. En Belgique non plus, le budget ne changera pas ; cette décision s'explique peut-être par le fait qu'il a bénéficié d'une augmentation de 16 % au cours des dernières années.

4. Contrôle de l'application réglementaire de la Directive SMAV par les États membres : autorités de régulation nationales et de corégulation

Roberto Mastroianni⁸⁵ a commencé son rapport par l'examen de la procédure correcte de transposition de la directive conformément aux règles visées à l'article 10, paragraphe 1, du Traité CE en lien avec l'article 249, paragraphe 3, du Traité CE. L'article 10, paragraphe 1, du Traité CE établit le principe d'une « coopération effective » entre les États membres ainsi qu'entre ces derniers et la Commission. En outre, l'intervenant explicite le principe de « reconnaissance mutuelle » visé aux articles 2, 2 *bis* et 3 de la Directive SMAV, ainsi que le principe de « coopération effective » selon les termes de l'article 23 *ter* de la Directive SMAV. Roberto Mastroianni relève l'absence de dispositions relatives aux sanctions en cas de manquement au principe de coopération de la part des instances de régulation nationales. La procédure prévue par l'article 226 du Traité CE pour manquement aux obligations incombant aux États membres en vertu du Traité CE ne constitue pas, en particulier, un moyen exécutoire. En dépit de l'absence de moyens de sanction, il convient néanmoins de s'efforcer de respecter le principe de « coopération effective » dans le cadre des services de médias audiovisuels, afin d'éviter d'éventuels conflits entre les États membres en matière de politique transfrontalière.

L'intervenant a poursuivi son exposé en faisant référence à la Convention européenne sur la télévision transfrontière⁸⁶. Il a analysé en détail l'article 19 de la CETT et le principe énoncé de « mutuelle assistance ». Par ailleurs, il s'est penché sur l'article 23 *ter* de la Directive SMAV qui établit le principe de « coopération effective ». Il estime que l'article 23 *ter* est un pur produit de compromis, qui n'a juridiquement qu'une portée limitée. Il a cité, à cet égard, l'affaire *Al Manar*⁸⁷ en soulignant l'importance de la mise en place d'une base de données pour l'échange d'informations.

Il a soulevé la question de la création éventuelle d'une nouvelle autorité européenne, chargée de contrôler la coopération entre les instances de régulation des États membres. Lors des négociations, cette proposition n'avait pas abouti, car la majorité des États membres s'y étaient opposés. L'accent devrait être mis en priorité sur un renforcement de la coopération entre les États membres.

85) Voir l'article de Roberto Mastroianni dans cette publication.

86) Voir plus haut note 28.

87) Voir plus haut note 62.

Pour finir, Roberto Mastroianni s'est penché sur les « organismes de régulation indépendants » visés à l'article 23 *ter* de la Directive SMAV. Que signifie le terme « indépendant » ? On peut aussi bien supposer qu'il s'agit d'une « indépendance vis-à-vis de l'influence de l'État » que d'une « indépendance vis-à-vis des entreprises commerciales » ou d'une indépendance « structurelle », « personnelle » ou « financière ». Ces questions devront sans doute être clarifiées par la CJCE. À cet égard, l'intervenant renvoie à une procédure en cours de la CJCE (affaire C-518/07) concernant l'indépendance d'une instance nationale de surveillance⁸⁸.

Au début de la discussion, un participant a souligné l'importance des concepts mis en lumière par l'intervenant, à savoir l'« indépendance », la « surveillance » et le « respect », dans la Directive SMAV. L'article 23 *ter* de la Directive SMAV ne peut, selon lui, connaître le même destin que l'article 3, paragraphe 3, de la Directive TSF⁸⁹. Néanmoins, il est difficile de décider ce que signifie l'« indépendance » des organes de régulation. Dans ce cadre, il a été fait à nouveau référence à la procédure mentionnée ci-dessus devant la CJCE.

Un autre participant a évoqué la nécessité d'attribuer une signification propre au terme d'« indépendance des organes de régulation », car en dépit des propositions visant à supprimer cette notion⁹⁰, le terme continue à être utilisé (voir considérants 65 et 66 ainsi que l'article 23 *ter* de la Directive SMAV).

Parmi les participants, le concept d'« indépendance » était diversement interprété. Mais un consensus a été trouvé pour déclarer que l'« indépendance » devait s'entendre à la fois au niveau économique, structurel, personnel, et, surtout, politique dans les rapports avec l'État. Les participants ont ensuite voté pour savoir dans quels États membres les organes de régulation étaient « indépendants ». Le résultat a fait apparaître que l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Estonie, la Grande-Bretagne, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande et la Lituanie avaient des organes de régulation indépendants. En revanche, les organes de régulation du Luxembourg, d'Espagne et d'Italie sont de nature étatique et ne peuvent être considérés comme indépendants. Il est intéressant de noter qu'à cette occasion, des participants issus d'un même État membre avaient un avis différent sur l'indépendance de leurs organes de régulation nationaux.

Certains participants considèrent que les instances de régulation nationales ne peuvent pas être classées catégoriquement dans le système de séparation des pouvoirs. Elles ne relèvent clairement ni du pouvoir judiciaire, ni de l'exécutif, ni du pouvoir législatif. En outre, il existe encore de grandes différences au niveau des compétences des instances nationales respectives, ce qui, bien sûr, entraîne de multiples problèmes.

Certains participants sont arrivés à la conclusion que l'« indépendance » n'était absolument pas nécessaire pour réaliser l'objectif de coopération entre les États membres. L'Allemagne, par exemple, s'est prononcée contre la reprise du critère d'« indépendance » à l'article 23 *ter* de la Directive SMAV. Pour l'Allemagne il s'agissait davantage de faire valoir le principe de subsidiarité⁹¹ que de rejeter le critère d'« organes de régulation indépendants ».

En tout état de cause, la majorité des participants a établi que l'article 23 *ter* de la Directive SMAV se prête à plusieurs interprétations possibles du fait que sa formulation ne comporte aucune définition précise. Pour la bonne transposition de cette disposition, il suffira probablement de poser l'indépendance « fonctionnelle » comme critère minimal requis.

88) Arrêt de la CJCE du 14 octobre 2008 dans l'affaire C-518/07, *Commission c. Allemagne* ; disponible sur : <http://curia.europa.eu/>

89) Voir Mastroianni, R., *Rechtsschutzmöglichkeiten des Verbrauchers*, EMR Schriftenreihe, volume 22, p. 53; Scheuer, A., « Commentary to Article 3 AVMSD », dans Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, note 63 et suivantes et « Commentary to Article 3 AVMSD », *op. cit.*, note 6.

90) Un excellent compte rendu de la « longue et fastidieuse » procédure décisionnelle nous est fourni par Scheuer, A./Palzer, C., « Commentary to Article 23b AVMSD », dans Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, note 2 et suivantes ; voir également la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, à la Commission économique et sociale et aux commissions régionales, Principes et axes d'orientation pour la politique audiovisuelle de la Communauté à l'ère du numérique COM (1999) 657 final, p. 16 ; disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0657:FIN:FR:PDF>

91) Voir article 5, paragraphe 2 du Traité CE.

V. Conclusion

Cet atelier a mis en lumière divers aspects de la Directive SMAV : les participants ont tout d'abord examiné la compréhension générale de la directive, avant de passer aux domaines encadrés de façon spécifique, tels que le placement de produit et le droit aux brefs reportages d'actualité, ou à la question des tâches des instances de régulation nationales. Les participants ont présenté les premiers résultats de la procédure de transposition dans les États membres en mettant en lumière les zones problématiques qui apparaissent au cours de cette procédure. Il semble que les domaines encadrés par la directive tels que la VOD, le placement de produits et la protection des mineurs revêtent une importance particulière dans la transposition et nécessiteront de nouvelles réglementations nationales. Par ailleurs, on assistera au renforcement de la coopération entre les instances de régulation nationales qui, dans le cadre de la transposition de la directive, verront leurs compétences élargies au sein des États membres.

L'impact général de notions clés de la Directive SMAV et de leurs définitions sur le cadre national

(articles 1, 2 et 3 de la directive)

Emmanuel Joly¹

Commission européenne, DG Société de l'Information et Médias

La Directive 2007/65/CE² adoptée par le Conseil et le Parlement le 11 décembre 2007 modernise la Directive « Télévision sans frontières » qui, du même coup, devient la Directive « Services de médias audiovisuels »³. Tenus de la transposer dans leur droit national avant le 19 décembre 2009, les États membres ont intérêt à bien évaluer la marge de manœuvre dont ils disposent à cet effet : doivent-ils reproduire telles quelles les dispositions de la directive et plus particulièrement les concepts autour desquels elle s'articule ou disposent-ils de la plus grande liberté dans la formulation de leurs règles nationales et le choix des notions clés autour desquelles elles s'articulent ? C'est à ces questions et plus particulièrement à la question de l'impact des notions clés de la Directive SMAV sur les mesures nationales de transposition que cet article propose des éléments de réponse (III). Au préalable, il conviendra de clarifier le cadre général de la transposition de la Directive SMAV (I) et d'identifier les différentes notions que comporte la directive et que l'on peut considérer comme des concepts clés (II).

Cadre légal de la transposition de la Directive SMAV

L'article 249 du traité instituant la Communauté européenne stipule que les directives « lient les États membres quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Cette disposition reflète l'autonomie institutionnelle et procédurale accordée aux États membres dans le cadre de leurs mesures de transposition. Les États membres jouissent en principe d'une certaine autonomie dans la façon dont ils assurent le plein effet d'une directive (1.). Cette autonomie est néanmoins encadrée (1.)

1. Autonomie de principe des États membres

La marge de liberté accordée aux États membres est inhérente au choix de l'instrument qu'est la directive. A la différence du règlement, qui est un acte à portée générale obligatoire dans tous ses éléments, la directive est un acte à caractère individuel qui lie les États membres quant au résultat à atteindre mais leur accorde le choix de la forme et des moyens à cet effet⁴. Confrontés aux mêmes obligations découlant d'une directive, les mesures de transposition des États membres peuvent donc être assez variables. Les États membres ont notamment le choix entre une transposition fidèle ou une

1) Chef du secteur application du cadre réglementaire, unité Politiques audiovisuelle et des médias, Direction générale Société de l'information et médias. Les opinions exprimées dans cet article sont celles de son auteur; elles ne constituent pas une position de la Commission et ne sauraient en aucun cas engager la Commission.

2) JO L 332, 18 décembre 2007, p. 27-45.

3) Version consolidée non officielle de la directive disponible sur : http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/avms/index_en.htm

4) Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, Presses Universitaires de France, 2e édition, 1998, p. 214-230.

adaptation des règles à leur système juridique national. Selon un rapport général publié à l'issue d'un colloque organisé par l'Association des Conseils d'État et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, il existerait des réflexes nationaux à cet égard : certains États membres – comme l'Italie – seraient plus enclins à opter pour une transposition littérale; d'autres – comme l'Allemagne – estimeraient préférable d'adapter les règles pour qu'elles s'acclimatent bien à leur système juridique national⁵. Le rapport précise néanmoins qu'en dépit de ces tendances que l'on peut observer, la stratégie des États membres quant à la méthode de transposition dépend par ailleurs d'un certain nombre de facteurs et notamment du « domaine concerné »⁶. Les mesures de transposition peuvent émaner de l'État fédéral ou d'une entité fédérée et être prises par le gouvernement ou par le parlement. C'est à l'État membre de prendre ses responsabilités à cet égard pourvu que le processus décisionnel soit conforme aux règles constitutionnelles en vigueur⁷.

En outre, la Cour de justice des Communautés européennes (la Cour) a précisé qu'en certaines circonstances, des mesures de transposition spécifiques ne sont pas nécessaires : « La transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition législative ou réglementaire spécifique et peut... se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise ». En vertu de son devoir de loyauté conformément à l'article 10 du traité, il appartient à l'État membre qui invoque l'existence d'un contexte juridique propre à atteindre les objectifs de la directive de démontrer qu'effectivement, toutes les dispositions de la directive sont déjà appliquées, que les mesures prises à cet effet sont suffisamment claires et précises et que les bénéficiaires sont mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales⁸.

2. Autonomie encadrée des États membres

La liberté dont jouissent les États membres est limitée aussi bien par le droit communautaire général que par la façon dont les diverses directives formulent les obligations à l'égard des États membres.

En vertu du droit communautaire général, les mesures nationales de transposition adoptées par les États membres doivent avoir un caractère contraignant et présenter une stabilité certaine de façon à « assurer le plein effet de la directive, conformément à l'objectif qu'elle poursuit »⁹. Elles doivent permettre aux bénéficiaires d'avoir une situation juridique claire et précise et de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales. Cela requiert une certaine publicité et stabilité de ces mesures nationales¹⁰. De simples circulaires ou pratiques administratives ne répondent pas à ces critères, car trop précaires¹¹. Par ailleurs, en vertu du principe d'équipollence, la norme de transposition doit être équivalente au type de normes régissant normalement la matière concernée¹². Les mesures de transposition nationales sont donc bien encadrées par le traité et la jurisprudence de la Cour. Comme indiqué précédemment, il est certes possible à un État membre confronté à une nouvelle directive de tenter d'établir que les mesures nationales déjà en vigueur sont pleinement satisfaisantes et de se dispenser d'adopter des mesures de transposition spécifiques. Compte tenu de l'ensemble des conditions posées par la Cour et du fait que la charge de la preuve incombe à l'État membre, cette tâche s'avère très délicate. Il est d'ailleurs fréquent que la Cour soit amenée à juger, dans de telles circonstances, que les mesures nationales existantes invoquées par un État membre ne sont pas satisfaisantes, soit parce qu'elles ne couvrent pas tous les objectifs

5) Voir rapport général, *La qualité de la législation communautaire, de sa mise en œuvre et de son application dans l'ordre légal national*, 19e colloque, La Haye, 14 et 15 juin 2004, voir notamment p. 31-52; disponible sur :

http://www.juradmin.eu/colloquia/2004/gen_report_fr.pdf

6) *Idem*, p. 32.

7) Voir en ce sens le rapport du 15e colloque des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne d'avril 1996 sur « les directives de l'Union européenne en droit interne », p. 13-18, disponible sur : http://www.juradmin.eu/colloquia/1996/gen_report.pdf

8) Arrêt du 30 mai 1991, *Commission c. Allemagne*, C-361/88, Rec. P. I-2567, point 15.

9) CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann* (aff. 14/83), Rec. P. 1891, point 15.

10) Sur la nécessité d'une certaine publicité, voir notamment Simon, D., *Le système juridique communautaire*, préc. p. 226.

11) CJCE, aff. 145/82 15 mars 1983, *Commission c. Italie*, point 10; CJCE, 15 octobre 1986, *Commission c. Italie* (aff. 168/85), point 13, Rec. p. 2945 « de simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate, ne sauraient être considérées comme constituant une exécution valable des obligations du traité ».

12) CJCE, 6 mai 1981, *Commission c. Belgique*, aff. 102/79, point 10. En ce sens, voir la déclaration n° 19 annexée au traité de Maastricht relative à l'application du droit communautaire.

couverts par la directive et sont donc incomplètes, soit parce qu'elles reposent sur une pratique administrative considérée comme instable¹³.

Par ailleurs, l'autonomie des États membres est fonction de l'intensité normative des directives, laquelle peut être très variable. La Cour a ainsi pu constater « de grandes différences quant aux types d'obligations que les directives imposent aux États membres et donc quant aux résultats qui doivent être atteints ».

« En effet, certaines directives exigent que des mesures législatives soient adoptées au niveau national et que leur respect soit soumis à un contrôle juridictionnel ou administratif [voir, à titre d'exemple, les dispositions combinées des articles 4 et 8 de la Directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse (JO L 250, p. 17); voir, à cet égard, arrêts du 16 novembre 1989, Commission/Belgique, C-360/88, Rec. p. 3803, et du 6 décembre 1989, Commission/Grèce, C-329/88, Rec. p. 4159].

D'autres directives prescrivent que les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que certains objectifs formulés de manière générale et non quantifiable soient atteints, tout en laissant aux États membres une certaine marge d'appréciation quant à la nature des mesures à prendre [voir, à titre d'exemple, article 4 de la Directive 75/442/CEE du Conseil, du 15 juillet 1975, relative aux déchets (JO L 194, p. 39), telle que modifiée par la Directive 91/156/CEE du Conseil, du 18 mars 1991 (JO L 78, p. 32); voir, à cet égard, arrêt du 9 novembre 1999, Commission/Italie, dit « San Rocco », C-365/97, Rec. p. I-7773, points 67 et 68].

D'autres directives encore exigent des États membres que des résultats très précis et concrets soient obtenus après un certain délai [voir, à titre d'exemple, article 4, paragraphe 1, de la Directive 76/160/CEE du Conseil, du 8 décembre 1975, concernant la qualité des eaux de baignade (JO 1976, L 31, p. 1); voir, à cet égard, arrêts du 14 juillet 1993, Commission/Royaume-Uni, C-56/90, Rec. p. I-4109, points 42 à 44; du 8 juin 1999, Commission/Allemagne, C-198/97, Rec. p. I-3257, point 35; du 25 mai 2000, Commission/Belgique, C-307/98, Rec. p. I-3933, point 51, et du 19 mars 2002, Commission/Pays-Bas, C-268/00, non encore publié au Recueil, points 12 à 14]¹⁴. »

La question de savoir si un État membre manque à son obligation de transposition doit donc être appréciée en fonction de chaque directive et de la façon dont les obligations assignées aux États membres sont formulées. Dans certaines hypothèses, notamment lorsque la matière réglementée est extrêmement technique et les règles très détaillées, une transposition littérale paraît être l'alternative la plus raisonnable¹⁵. Si la Cour se garde d'aller jusqu'à considérer que cela est juridiquement indispensable, elle a parfois jugé que « l'exactitude de la transposition » peut, dans certaines circonstances, revêtir « une importance particulière »¹⁶.

La question est de savoir si la Directive SMAV requiert une telle transposition exacte et une incorporation des notions clés qu'elle comporte ou si les États membres disposent d'un espace de liberté. A supposer qu'il existe une telle marge de liberté, il convient d'en dessiner les contours.

II. Les différentes notions clés de la Directive SMAV

Pour apprécier leur portée effective, il importe d'identifier les différentes notions clés autour desquelles s'articulent les dispositions de la directive, et d'apprécier leur fonction, qu'elles soient utilisées selon une définition précise (2) ou en l'absence d'une telle définition (1).

13) Voir en ce sens le rapport du 15e colloque des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne d'avril 1996 sur « les directives de l'Union européenne en droit interne », p. 13.

14) CJCE, 18 juin 2002, *Commission c. République française*, aff. C-60/01.

15) Il en va notamment ainsi dans les domaines de la propriété industrielle, de la TVA et du droit de l'environnement.

16) Tel était le cas de la Directive 79/409, concernant la conservation des oiseaux sauvages, où la gestion du patrimoine commun est conférée, pour leur territoire respectif, aux États membres. Voir à cet égard l'arrêt de la Cour du 27 avril 1988. - *Commission des Communautés européennes c. République française*. - Non-respect d'une directive - Conservation des oiseaux sauvages, aff. 252/85.

1. Notions indéfinies

1.1. Notions essentielles au fonctionnement d'ensemble de la directive : critères de compétence, notion de contournement

Visant à rendre effective l'application du principe de la libre prestation de services dans le secteur des services de médias audiovisuels, la Directive SMAV prévoit une harmonisation minimale des règles nationales ayant pour objet de sauvegarder les objectifs d'intérêt général que sont notamment la protection des œuvres européennes, le droit à l'information, la protection des mineurs ou la protection des consommateurs. Se fondant sur une telle harmonisation, la directive pose le principe de la loi du pays d'origine qui est la pierre angulaire de la directive tout en permettant aux États membres qui le souhaitent d'adopter des dispositions plus détaillées ou plus strictes à l'égard des fournisseurs de service relevant de leur compétence. L'application effective du principe de la loi du pays d'origine repose sur des critères de compétence précis qui permettent de déterminer l'État membre d'établissement et donc la loi applicable aux différents fournisseurs de service de média opérant dans l'Union européenne. Ces critères sont : le « siège social effectif », le lieu où sont prises les « décisions éditoriales », le lieu où opère une « partie importante des effectifs employés aux activités de services de médias audiovisuels ». Dans les cas de figure où ces critères ne permettent pas d'identifier un établissement dans l'Union européenne, la directive impose l'application de critères techniques qui sont, dans l'ordre, « l'utilisation d'une liaison montante », puis « l'utilisation d'une capacité satellitaire ». Seulement en dernier recours, lorsque ces critères techniques sont également inopérants, la directive permet de faire appel à la notion d'établissement telle qu'elle ressort des articles 43 à 48 du traité afin de déterminer l'État membre compétent pour régir le service de média audiovisuel concerné. Ces critères de compétence figuraient déjà dans la Directive Télévision sans frontières. La seule différence notable est l'inversion des critères liaison montante et capacité satellitaire. Il est à noter enfin que le concept de « contournement » est également essentiel en ce qu'il permet de faire exception au principe de la libre prestation de service et de son corollaire, l'application de la loi du pays d'origine.

1.2. Notions sur lesquelles repose la réglementation du contenu audiovisuel

En dehors des articles 1, 2 et 3 sur lesquels porte plus particulièrement cette présentation, figurent un certain nombre de notions ou expressions auxquelles font appel les règles sur le contenu audiovisuel en général à l'instar de l'« incitation à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité », ou le « contenu susceptible de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ». D'autres notions sont au cœur de la réglementation des communications commerciales audiovisuelles comme par exemple la « dignité humaine », la « discrimination fondée sur le sexe, l'origine raciale... » ou encore, plus particulièrement en ce qui concerne le placement de produit, la « prééminence induite » ou la « valeur non négligeable ». Par ailleurs, le niveau de la réglementation dépend des besoins effectifs de protection, lesquels varient en fonction des programmes concernés. La façon dont ces programmes sont désignés par la directive notamment à l'aide des vocables « journaux télévisés », « films », « séries », « programmes sportifs » ou encore « programmes pour enfants » revêt donc une importance qui peut être décisive.

2. Notions définies

La directive et les règles qu'elle comporte sont bâties sur des notions essentielles utilisées selon une définition précise. Il en va particulièrement ainsi de la notion de service de média audiovisuel qui, en soi, détermine le champ d'application de la directive. L'article 1 de la directive la définit précisément notamment à l'aide de critères faisant eux-mêmes l'objet de définitions :

- « service tel que défini par le traité », à savoir un service normalement fourni contre rémunération¹⁷; le considérant 16 de la Directive 2007/65 confirme à cet égard que toutes formes d'activité économique y compris celles émanant d'entreprises de service public constituent des

17) Notion non définie par la directive mais sur laquelle existe une jurisprudence casuistique de la CJCE. Il en résulte que l'éducation financée par l'État via l'impôt ne constitue pas un service fourni contre rémunération alors que les services de radiodiffusion sont couverts, y compris lorsqu'ils sont fournis par un radiodiffuseur public et que le destinataire ne paie pas une contrepartie au prestataire. Dans le même sens des services hospitaliers sont des services au sens du traité même si le paiement est directement opéré par le système de sécurité sociale. Voir à cet égard Demaret, P., L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans le cadre du Traité CE, disponible sur : <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2002-2-page-259.htm>

services au sens du traité alors qu'en revanche ce n'est pas le cas des sites web privés et services destinés à fournir ou diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt ;

- sous « la responsabilité éditoriale¹⁸ » d'un « fournisseur de service de média », la « responsabilité éditoriale » étant définie comme requérant l'exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation (chronologique pour des services linéaires; sur un catalogue pour les services à la demande) ;
- dont l'objet principal est la fourniture de « programmes », le terme « programme » étant défini comme un ensemble d'images animées constituant un seul élément d'une grille ou d'un catalogue et dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion¹⁹ (exemples : film long métrage, manifestation sportive, documentaire, etc.) et l'expression objet principal excluant les services dont le contenu audiovisuel est secondaire et ne constitue pas la finalité principale (sites web où les éléments audiovisuels, par exemple brefs spots publicitaires sont accessoires de même que les jeux de hasard y compris les loteries, paris et autres formes de jeux d'argent²⁰) ;
- dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public (fonction inhérente à un média de masse²¹) ;
- fourni au moyen de réseaux de communications électroniques.

La directive précise que la notion de service de média audiovisuel recouvre également les communications commerciales audiovisuelles, lesquelles sont définies comme des images (non nécessairement animées) conçues pour promouvoir notamment des marchandises ou services accompagnant un programme ou y étant insérées. Les services à la demande consistant exclusivement en des communications commerciales ou en des offres directes à la vente de produits ou services n'accompagnant pas des services de médias audiovisuels ne constituent donc pas des communications commerciales audiovisuelles. En revanche, les chaînes exclusivement consacrées au téléachat, à la publicité et à l'autopromotion se voient appliquer *mutatis mutandis* les dispositions de la directive bien que ne constituant pas *stricto sensu* des services de médias audiovisuels.

La notion de « radiodiffusion télévisuelle », synonyme de service de média audiovisuel linéaire, se caractérise en ce qu'elle se réfère à « un visionnage simultané de programmes sur la base d'une grille de programmes » par opposition aux « services de médias audiovisuels à la demande » (ou non linéaire) qui sont fournis pour un « visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle et sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services ». Cette distinction revêt une importance cruciale car la directive module la réglementation en fonction du mode linéaire ou non linéaire de diffusion.

Les différentes notions étant identifiées et, dans la mesure du possible, placées dans des catégories distinctes, il convient à présent de déterminer leur portée véritable et l'impact qu'elles peuvent avoir sur les mesures nationales de transposition.

III. L'impact des notions clés de la Directive SMAV sur les mesures nationales de transposition

En préliminaire, il convient de bien cerner la question et de préciser qu'il ne s'agit pas de savoir si les États membres doivent utiliser précisément les mots et vocables utilisés dans la directive. S'il est défini de la même façon, le choix d'un vocable alternatif apparaissant comme étant plus approprié notamment pour des raisons linguistiques ou historiques équivaut à une incorporation pure et simple de la notion pertinente de la directive. Par exemple, certains États membres où le concept de radiodiffusion est entendu de façon plus large pourront préférer ce terme au concept de service de média audiovisuel réglementé par la directive. Rien sur le principe ne semble imposer absolument l'incorporation des termes mêmes de la directive, dès lors que les mots ou expressions choisis par les États membres sont définis de la même façon. Il conviendra donc de s'assurer, dans l'exemple envisagé, que la notion de radiodiffusion en question couvre bien les services linéaires et non linéaires et soit bien équivalente à la notion de service de média audiovisuel telle qu'elle figure dans la directive. Dans un souci de clarté, cette acception nationale élargie du concept de radiodiffusion devra en outre être

18) Art. 1(c).

19) Art. 1(b).

20) Voir considérant 18.

21) Voir considérant 18.

clairement distinguée de la notion plus étroite de radiodiffusion au sens de la directive ou telle qu'elle est entendue par ailleurs en droit communautaire²². En vertu du principe d'interprétation conforme, il importe enfin que les États membres veillent à ce que ces termes ou expressions continuent à être interprétés de la même façon que leurs équivalents dans la directive en prenant en considération la jurisprudence de la Cour.

Cette considération préliminaire étant faite, il apparaît à première vue que les États membres ont la liberté de choisir entre une adaptation de leur droit national ou une transcription littérale des règles de la Directive SMAV. Une transposition littérale implique naturellement l'incorporation des notions clefs de la directive alors qu'une adaptation autoriserait l'emploi d'autres notions éventuellement plus adaptées au système juridique national. Au-delà de l'article 249, alinéa 3 du traité qui accorde aux États membres le choix de la forme et des moyens, la Directive SMAV elle-même accorde en effet une certaine souplesse dans la transposition en permettant explicitement aux États membres d'adopter des dispositions plus strictes ou plus détaillées à l'égard des fournisseurs de service relevant de leur compétence²³. Mais, l'analyse ainsi que la réponse à la question de l'impact des notions clés de la Directive SMAV sur les mesures nationales doivent être plus nuancées car, en réalité, le degré d'autonomie des États membres varie en fonction des notions concernées, qu'elles soient définies (2.) ou non définies (1.).

1. Notions indéfinies

Les États membres ne semblent disposer d'aucune liberté à l'égard des critères de compétence territoriale que sont notamment le « siège social effectif », le lieu où sont prises les « décisions éditoriales », le lieu où opère une « partie importante des effectifs employés aux activités de services de médias audiovisuels » ou encore les critères techniques subsidiaires. Comme on l'a vu, ces critères jouent un rôle déterminant qui est de garantir l'effectivité du principe de la libre prestation de service et de l'application de la loi du pays d'origine sur lesquels repose la directive. Le fonctionnement d'ensemble de la directive et le principe de la libre prestation de service qu'elle dessert dépend en grande partie d'une application effective et limpide de ces critères de compétence, notamment afin d'éviter que des services se retrouvent sous l'autorité concomitante de deux États membres ou, inversement, ne soient soumis à la compétence d'aucun État membre. Pour aboutir à un tel résultat, il importe que chaque État membre reprenne textuellement les critères prévus par la directive et les interprète d'une façon totalement conforme à la jurisprudence de la Cour.

Les États membres ont probablement plus de latitude à l'égard des règles relatives au contenu audiovisuel. Étant autorisés à adopter des dispositions plus strictes ou plus détaillées, ils disposent logiquement d'une certaine marge de manœuvre par rapport aux notions utilisées par la directive. Ainsi, en matière de protection des mineurs, les États membres peuvent prévoir des règles et des modalités de protection assez variables, pourvu qu'elles soient suffisantes au regard des normes minimales de la directive. De plus, certaines dispositions encadrant la publicité télévisée n'auront, le cas échéant, pas à être transposées en droit national si ce dernier comporte des règles plus strictes, moins nuancées, voire une interdiction pure et simple de la pratique réglementée par la directive. Par exemple, les notions sur lesquelles se fondent les règles sur la publicité pour l'alcool dans la directive seront vraisemblablement d'aucune utilité dans un État membre interdisant la publicité télévisée pour les boissons alcooliques²⁴. De même, les notions de programmes pour enfants, films, séries ou films conçus pour la télévision que la directive utilise dans ses règles sur les insertions publicitaires n'ont pas lieu d'être reprises dans les règles nationales d'un État interdisant les insertions publicitaires en cours de programmes ou, à tout le moins, soumettant tous les programmes aux mêmes restrictions

22) Le concept de radiodiffusion auquel se réfère le Protocole d'Amsterdam ou la Communication de 2001 sur les aides d'État au service public de radiodiffusion correspond à celui de la directive.

23) On pourrait même ajouter que l'idée de coordination suggère un niveau d'harmonisation moins élevé qu'une directive d'harmonisation mais en réalité, la terminologie n'est ni précise ni rigoureuse et il semble que l'harmonisation et la coordination ne se distinguent pas véritablement et s'opposent toutes deux à l'idée plus intense d'uniformisation. Voir à cet égard : Poillot Peruzzetto, S., *La diversification des méthodes de coordination des normes nationales*, disponible sur : <http://www.peruzzetto.eu/art/internormativite-methode-laurence.pdf> et Eugene Stuart, *Principles of law harmonisation and approximation*, disponible sur : <http://cstp.undp.ba/download.aspx?id=736>

24) La Cour a considéré qu'une telle interdiction était conforme au droit communautaire. CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c. France*, aff. C-262/02.

minimales prévues par la directive²⁵. En revanche, lorsqu'un État membre souhaite aligner sa législation nationale sur les règles minimales communautaires, il apparaît préférable d'utiliser les concepts pertinents de la directive de façon à s'assurer que l'interprétation de ces notions par les juridictions nationales reste en phase avec la jurisprudence communautaire. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la jurisprudence de la Cour sur les notions de films conçus pour la télévision et séries²⁶.

Toutefois, les dispositions en matière de contenu et les notions sur lesquelles elles se fondent peuvent parfois être le fruit d'un délicat compromis entre des droits fondamentaux contradictoires. Il en va ainsi des notions de dignité humaine ou de non-discrimination qui, en matière de communications commerciales audiovisuelles, viennent légitimement limiter la liberté d'expression. La directive, sur ce point, reflète la valeur accordée au respect de la dignité humaine et à la non-discrimination, cette dernière étant le reflet du principe d'égalité. Ces notions figurant dans la Convention européenne des droits de l'homme et la charte des droits fondamentaux, l'on voit difficilement comment un État membre peut en faire abstraction dans le cadre de ses mesures de transposition.

2. Notions définies

2.1. Notion de service de média audiovisuel

Bien que définie par la directive, il semble que les États membres aient une certaine latitude à l'égard de la notion de service de média audiovisuel en vertu du considérant 23 de la directive qui indique que « les États membres peuvent préciser certains aspects de la définition de la responsabilité éditoriale, notamment la notion de "contrôle effectif" lorsqu'ils adoptent les dispositions mettant en œuvre la présente directive ». Indubitablement, ces précisions au niveau national peuvent avoir une influence sur le champ plus ou moins large des mesures nationales transposant la directive selon que la notion de contrôle effectif est interprétée de façon extensive ou restrictive. Cette compétence des États membres est néanmoins étroite si l'on considère que la directive requiert, quoi qu'il en soit, la présence d'un contrôle effectif tant sur l'organisation que sur la sélection des programmes. Certes, un État membre pourrait, le cas échéant, imposer certaines obligations en termes de contenu audiovisuel à des opérateurs n'ayant pas un tel contrôle sur la sélection et l'organisation des programmes. Mais ces mesures iraient au-delà de la Directive SMAV et leur conformité devrait être appréciée au regard d'autres dispositions du traité, voire de la directive commerce électronique. A cet effet, l'État membre devra clarifier quelles sont, parmi les mesures qu'il adopte, celles qui visent véritablement à transposer la directive services de médias audiovisuels et les distinguer des mesures qui se situent en dehors du champ d'application de la directive. La notion de service de média audiovisuel à laquelle s'identifie le champ d'application de la directive paraît être la ligne de démarcation qui s'impose.

Par ailleurs, indépendamment de la question de la responsabilité éditoriale, il n'est pas exclu que certains États membres souhaitent appliquer des règles de contenu semblables à des services autres que des services de médias audiovisuels, à l'instar de services radiophoniques ou services en ligne consacrés exclusivement à des communications commerciales. Un État membre peut également envisager de soumettre la fourniture de services audiovisuels à une réglementation similaire à celle de la directive, y compris lorsqu'elle présente un caractère accessoire par rapport à une autre activité exercée à titre principal, comme par exemple une activité d'édition. Dans tous ces cas de figure, l'État membre devrait aller au-delà des règles de la directive pour parvenir à ses fins et cela devrait clairement apparaître dans ses mesures de transposition ou, à tout le moins, dans la communication à la Commission des dites mesures afin d'en faciliter l'analyse par la Commission. Là encore, une distinction devra être faite entre les règles nationales de transposition couvertes par la Directive SMAV et les règles nationales allant au-delà de la Directive SMAV et que la Commission devra examiner à la lueur d'autres dispositions du droit communautaire. En d'autres termes, l'État membre devrait pouvoir identifier les mesures nationales qui concernent les services de médias audiovisuels d'une part, celles qui concernent les autres services d'autre part. En conclusion, même lorsque ses mesures de transposition ont un champ d'application plus large, il paraît difficile pour un État membre de faire abstraction de la notion de service de média audiovisuel.

25) Par exemple, si un État membre estime approprié d'appliquer à tous les programmes télévisés les règles d'insertion que la directive prévoit à l'égard des émissions pour enfants, il n'est pas nécessaire que la loi nationale fasse usage de la notion de programmes pour enfants.

26) CJCE, 23 octobre 2003, RTL Television GmbH, aff. C-245/01.

2.2. Distinction linéaire/non linéaire

La distinction linéaire/non linéaire est essentielle, comme on l'a vu, en ce qu'elle détermine la modulation de la réglementation : les services linéaires sont soumis à des règles plus strictes²⁷ ou, plus exactement, à une réglementation adaptée tenant compte de leur impact sur l'opinion publique²⁸. Plusieurs cas de figure sont envisageables dans le cadre de la transposition de la directive en droit interne.

- La réfutation du principe même de la modulation de la réglementation. Une telle négation conduirait tout simplement à méconnaître la distinction services linéaires/services non linéaires en droit interne et à appliquer aux services à la demande toutes les règles auxquelles est soumise la radiodiffusion. Il apparaît certes possible d'imposer par exemple l'application de règles en matière d'insertions publicitaires à des œuvres audiovisuelles accessibles en vidéo à la demande ou encore de faire bénéficier les services à la demande du régime des courts extraits. Il appartiendra néanmoins à l'État membre concerné de s'assurer de la conformité de ces mesures au droit communautaire et notamment de leur proportionnalité par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi. Il conviendra aussi de s'interroger sur l'adaptabilité de toutes ces règles aux services non linéaires. Par exemple, concernant les dispositions relatives à la proportion majoritaire de diffusion d'œuvres européennes qui concernent les services linéaires, comment peut-on obliger de la même façon les utilisateurs des services de vidéo à la demande à visionner majoritairement des œuvres européennes? Pour avoir une telle assurance, il faudrait pratiquement interdire la présence d'œuvres non européennes dans les catalogues, ce qui paraîtrait une mesure extrême. Cet exemple montre qu'il est difficile de nier totalement la nécessité d'une modulation de la réglementation, laquelle est fondée, dans la directive, sur la distinction services linéaires/services non linéaires. La solution consistant pour un État membre à nier radicalement l'idée d'une réglementation modulée semble donc vouée à l'échec.
- La substitution d'une autre distinction à la distinction services linéaires/services non linéaires. Sans méconnaître la pertinence de la réglementation modulée, certains États membres pourraient être tentés de substituer à la distinction services linéaires/services non linéaires, une autre distinction fondée sur d'autres critères comme par exemple l'impact sur l'opinion publique, laquelle pourrait par exemple être liée à l'audience ou aux parts de marché du service. Une telle solution tranchée ne semble cependant pas envisageable notamment parce que les services de médias audiovisuels linéaires visés par la directive ne peuvent être soumis au niveau national à un seuil de réglementation inférieur à celui prévu par la directive. Le fait de constituer un service linéaire révèle déjà, selon la directive, un impact plus grand sur la société justifiant une réglementation plus stricte que celle applicable aux services à la demande²⁹. La circonstance qu'un service linéaire atteigne un niveau d'audience inférieur au seuil prévu en droit national ne saurait donc permettre à un État membre d'exonérer ce service de l'application des règles particulières que la directive prévoit à son égard. Il semble donc impossible pour un État membre de faire abstraction de la distinction services linéaires/services non linéaires prévue par la directive.
- Le respect de la distinction services linéaires/services non linéaires avec l'ajout de sous catégories. Enfin, tout en reconnaissant la distinction prévue par la directive entre services linéaires/services non linéaires, un État membre pourrait ajouter d'autres sous-catégories selon, par exemple, l'influence plus ou moins grande des services en question sur l'opinion publique. Dès lors qu'elles respectent les catégories services linéaires/services non linéaires de la directive et les intègrent dans leur législation, rien ne semble s'opposer à une telle réglementation plus détaillée. Il conviendra néanmoins de veiller à ce que ces règles plus détaillées soient conformes au droit communautaire.

27) Voir par exemple, les règles quantitatives en matière de publicité et les règles en matière de promotion des œuvres européennes ou indépendantes.

28) Voir par exemple les règles sur les listes d'événements d'importance majeure ou sur les courts extraits d'événements dont on ne peut dire qu'elles sont véritablement plus strictes.

29) Voir considérant 42 : « Les services de médias audiovisuels à la demande diffèrent de la radiodiffusion télévisuelle eu égard au choix, au contrôle que l'utilisateur peut exercer et à l'impact qu'ils ont sur la société (2). Cela justifie une réglementation plus légère des services de médias audiovisuels à la demande, qui ne devraient se conformer qu'aux règles minimales prévues par la présente directive. »

En conclusion, les États membres disposent en définitive d'une marge de manœuvre relativement étroite dans leurs mesures de transposition et ceci alors même que la Directive SMAV permet aux États membres d'adopter des dispositions plus strictes ou plus détaillées. En dehors de cette possibilité offerte aux États membres, il ne semble pas y avoir beaucoup de place pour une réglementation reposant sur des concepts différents. Il convient en outre de ne pas perdre de vue que la Directive SMAV résulte de la modification de la Directive Télévision sans frontières qui a déjà été transposée dans les États membres. A l'image de la modification intervenue au niveau communautaire à la suite de l'entrée en vigueur de la Directive 65/2007/CE, les mesures nationales de transposition pourraient être modifiées plutôt que totalement remises en chantier. Dans ce contexte, la solution consistant pour les États membres à incorporer la notion nouvelle de services de médias audiovisuels ainsi que la distinction services linéaires/services non linéaires et à conserver par ailleurs les autres notions qui demeurent valables présente l'avantage de la simplicité. Pour beaucoup de raisons et surtout lorsqu'ils souhaitent aligner leur législation nationale sur les règles de la Directive SMAV, les États membres peuvent donc avoir intérêt à utiliser les notions clés de la Directive SMAV.

Services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires

Nico van Eijk
Institut du droit de l'information (IViR)
Université d'Amsterdam

La Directive Services de médias audiovisuels¹ introduit une approche nouvelle, technologiquement plus neutre, pour réguler les services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires. Ceux-ci couvrent désormais un éventail de services plus large que l'ancienne définition des services de télévision. Dans ce document, nous allons tout d'abord examiner de manière plus détaillée les implications de cette distinction nouvelle, avant d'aborder sa mise en œuvre dans les législations nationales.

I. Des programmes télévisés...

La Directive Services de médias audiovisuels (SMAV) a déjà une longue histoire. Concrètement, ce n'est qu'une nouvelle révision de la Directive Télévision sans frontières (TSF), dont la première adoption date de 1989². La Directive TSF avait une portée limitée à la radiodiffusion télévisuelle, laquelle était définie comme « la transmission initiale, par fil ou air, y compris par satellite, de programmes télévisés, codés ou non, destinés au public ». On aura pu trouver cette définition relativement prudente sur le plan technologique dans la mesure où elle mentionnait explicitement les technologies de diffusion (à savoir, fil/air/satellite). Son article 1 excluait également certains services de la portée de cette définition. Il s'agissait de services de communication fournissant des éléments d'information ou d'autres messages sur demande individuelle, tels les services de télécopie (ce qu'on appelle le fax), les bases de données électroniques, et autres services du même type.

Les services à la demande constituaient une exclusion majeure. Avec les années, la fourniture de services audiovisuels à la demande s'est développée et a généré de nouvelles opportunités d'activité économique. Il ne s'agissait plus de prestataires se contentant d'offrir des services de radiodiffusion : la demande elle-même commençait à jouer un rôle dans le choix du contenu. Or l'exclusion des services à la demande libérait ceux-ci des limitations et obligations de la Directive TSF et cela constituait une incitation suffisante pour certains prestataires de services qui en ont profité pour qualifier leurs services d'activités à la demande. Dans l'affaire *Mediakabel*, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a été amenée à répondre aux questions suivantes : quand un service entre-t-il dans la définition de « programme télévisé » ? Quand peut-il être considéré comme un service à la demande ?³

1) Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, modifiant la Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 332/27 du 18 décembre 2007).

2) Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 298/23-30 du 17 octobre 1989) ; la directive a été amendée en 1997 (Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2007, modifiant la Directive 89/552/CEE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 202/60-71 du 30 juillet 1997)).

3) CJCE, affaire C-89/04, [2005] ECR, p. I-4891.

La société néerlandaise Mediakabel proposait un service par abonnement appelé « Mr Zap », qui permettait de recevoir des programmes télévisés au moyen d'un décodeur et d'une carte à puces. Sous le nom de Filmtime, l'offre incluait un service de paiement à la demande, en plus des programmes traditionnels. L'utilisateur pouvait commander les films inscrits au catalogue de Filmtime au moyen d'une télécommande à distance ou par téléphone, après identification et réception de son paiement. Il recevait alors une clé individuelle qui lui permettait de visionner un ou plusieurs films en promotion du mois, aux horaires de diffusion déterminés par Mediakabel. Cette dernière a invoqué le fait que Filmtime était un service interactif fourni sur demande individuelle et que, par conséquent, il n'entrait pas dans la portée de la Directive TSF. Après avoir confirmé que la forme classique de distribution (aléatoire/multipoint) avait été employée, la Cour a établi que, dans le contexte de la Directive TSF, c'est la perspective du prestataire qui détermine si le programme télévisé tombe ou non sous le coup de la directive : « un service tel que le service « Filmtime », qui consiste à émettre des programmes télévisés à destination du public et qui n'est pas fourni à la demande individuelle d'un destinataire de services, est un service de radiodiffusion télévisuelle ». Le critère déterminant est ici celui de programme télévisé « à destination du public ». Le point de vue du prestataire du service doit donc être privilégié dans l'analyse du concept. D'aucuns pourraient reprocher à cette approche que le point de vue de l'utilisateur est tout aussi important. Mais le texte de la directive ne donne pas lieu à ce genre d'interprétation, ce que la Cour a fait observer avec pertinence.

II. ... aux services de médias audiovisuels linéaires/non linéaires

L'arrêt rendu dans l'affaire Mediakabel a clairement inspiré le cadre de travail de la Directive SMAV. La portée du nouveau texte a été étendue et inclut désormais les services à la demande. Les services de médias audiovisuels incluent les services linéaires (les programmes télévisés traditionnels) et non linéaires (c'est-à-dire à la demande). Les services linéaires sont des services de médias audiovisuels fournis par un prestataire dans le but d'être visionnés en simultané sur la base d'une programmation déterminée⁴. Les services à la demande sont fournis de manière à ce que l'utilisateur puisse les visionner au moment de son choix et sur sa demande individuelle, sur la base du catalogue de programmes sélectionné par le prestataire de services de médias⁵. C'est là que l'on voit clairement que cette définition suit de près la définition donnée par la CJCE.

Les nouvelles définitions abolissent les aspects dépendants des technologies et c'est là un deuxième élément important. Les services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires sont définis de manière neutre par rapport aux technologies. Le mécanisme de distribution en tant que tel a perdu tout caractère déterminant. Les ondes hertziennes, le satellite, le câble, les réseaux de télécommunications et l'Internet sont tous concernés. Sont également abolies les distinctions comme analogique/numérique ou basées sur des protocoles (comme par exemple IP). Il convient cependant de relever que la technologie reste importante dans la mesure où certaines d'entre elles revêtent des limitations intrinsèques, notamment en termes de capacité ou d'absence de voie montante⁶.

Enfin, il convient de souligner que des services considérés comme des substituts par l'utilisateur peuvent entrer dans le cadre de différents régimes : l'utilisateur pourra ne ressentir aucune différence entre le fait de visionner un film donné dans le cadre d'un programme télévisé traditionnel ou dans le cadre d'un service à la demande. Or le contexte réglementaire est différent⁷.

4) Article 1 (e).

5) Article 1 (g).

6) En outre, les règles de territorialité (article 2, paragraphe 4) accordent toujours une importance particulière au phénomène de la distribution par voie satellitaire.

7) Ce qui est par ailleurs observé dans le préambule (considérant 17), mais qui n'a pas eu d'autres conséquences dans les définitions et les dispositions de la directive.

III. Transposition

Il reste difficile de procéder à une évaluation de l'état d'avancement de la transposition et de la mise en œuvre de la directive révisée. Les États membres ont jusqu'au 19 décembre 2009 pour assurer l'entrée en vigueur des lois, réglementations et dispositions administratives nécessaires pour se mettre en conformité avec le nouveau texte⁸. En décembre 2008, la Commission européenne a publié un bilan du niveau de transposition atteint par les États membres⁹. Au moment de sa publication, seule la Roumanie avait pleinement transposé la directive en amendant sa loi nationale sur l'audiovisuel. À l'heure actuelle, tous les autres États membres en sont encore au processus de consultation ou ont présenté un projet plus ou moins abouti. Dans quelques cas, des propositions plus avancées ont été soumises au parlement.

IV. Modèles de transposition

Il reste que le peu d'informations disponibles autorise une première analyse des différentes approches adoptées en vue de la transposition. Les États ont ainsi essentiellement recours à deux méthodes pour inclure la directive dans leurs cadres réglementaires nationaux.

La première concerne les pays qui ont choisi de coller aux dispositions. Ceux-ci incorporent les articles du texte aussi directement que possible, par « copier-coller » de la formulation. La transposition roumaine en est une illustration. Dans la loi de l'audiovisuel amendée, l'article 1, paragraphe 3 du premier chapitre est ainsi formulé : « un service de médias audiovisuel à la demande est un service de médias non linéaire ; les programmes sont alors visionnés sur demande individuelle de l'utilisateur et au moment choisi par lui. Le service est fourni par un fournisseur de services de médias sur la base d'une grille de programmes proposée par ledit fournisseur. Dans ce cas, l'autorité de régulation compétente est le Conseil national de l'audiovisuel »¹⁰. Ce texte ne diffère guère de l'article 1 (g) de la Directive SMAV.

Un deuxième ensemble d'États membres a choisi d'introduire des changements, de faire des choix (dans la mesure où la directive le permet), ou de donner à leur transposition une sorte de « touche locale ». Le projet de transposition de la directive dans la loi française de l'audiovisuel en est un exemple intéressant¹¹. Il introduit la définition suivante pour les services à la demande :

« Est considéré comme service de médias audiovisuels à la demande tout service de communication au public par voie électronique permettant le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur sa demande, à partir d'un catalogue de programmes dont la sélection et l'organisation sont contrôlées par l'éditeur de ce service. Sont exclus les services qui ne relèvent pas d'une activité économique au sens de l'article 256 A du Code général des impôts, ceux dont le contenu audiovisuel est secondaire, ceux consistant à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échanges au sein de communautés d'intérêt, ceux consistant à assurer, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le seul stockage de signaux audiovisuels fournis par des destinataires de ces services et ceux dont le contenu audiovisuel est sélectionné et organisé sous le contrôle d'un tiers. Une offre composée de services de médias audiovisuels à la demande et d'autres services ne relevant pas de la communication audiovisuelle ne se trouve soumise à la présente loi qu'au titre de cette première partie de l'offre ».

8) Article 3 de la directive.

9) IP/08/2032, 18 décembre 2008 (La Commission invite les États membres à faire preuve de souplesse dans l'actualisation des règles sur la télévision en 2009).

10) Traduction libre de la traduction en anglais fournie par le Conseil national roumain de la radiodiffusion : *audiovisual media service on-demand means a non-linear audiovisual media service, where programmes are viewed upon individual request of the end-user and at a specific time chosen by the latter. The service is provided by a media services provider on the basis of a programme catalogue offered by the media service provider. The competent regulatory authority will be the National Audiovisual Council in this case.*

11) Projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision (texte définitif), adopté par le Sénat français le 4 février 2009, disponible sur : http://ameli.senat.fr/publication_pl/2008-2009/189.html Pour un compte-rendu complet sur le processus législatif, voir : http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/nomination_audiovisuel_public.asp#nouveau_service_tlevision

Tout comme la directive, cette disposition inclut une définition des services à la demande. Mais la formulation française y ajoute plusieurs phrases qui apportent des détails supplémentaires sur la portée de la définition. La plupart de ces ajouts ont été prélevés dans le préambule de la directive et notamment, le texte du considérant 16 est repris pour une grande partie : « ... mais exclure les activités dont la vocation première n'est pas économique » et « ... contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt ». Le considérant 18 est également présent : « ... les services dont le contenu audiovisuel est secondaire et ne constitue pas la finalité principale ».

Le fait de placer des parties du préambule dans le corps du texte de loi n'est pas seulement une astuce technique. Cela peut entraîner des conséquences certaines au plan juridique. Généralement, les préambules servent à interpréter les dispositions d'une loi ou d'une directive. Ils ont donc un statut inférieur à celui des dispositions du corps de texte. Ainsi intégré au texte, le contenu du préambule prend plus d'importance et bénéficie, en principe, du même statut juridique que les articles transposés. Dans la pratique, cette approche limite les possibilités pour les instances de régulation, mais également pour les juges, d'opter pour une interprétation plus ouverte. À quoi on pourrait naturellement objecter que de cette façon, le législateur offre un guidage plus efficace.

On observe une autre manière de donner une touche locale à la transposition ; en effet, certains pays ne reprennent pas la formulation précise des articles de la directive. Dans le projet de transposition du Gouvernement flamand, la définition des services linéaires et non linéaires est légèrement modifiée¹² :

Service linéaire	
SMAV, article 1 (e)	« radiodiffusion télévisuelle » ou « émission télévisée » (c'est-à-dire un service de médias audiovisuels) : 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 ;
Proposition de transposition	« Service linéaire : un service de médias audiovisuels dont les programmes sont destinés à être reçus simultanément par l'ensemble du public ou une partie de celui-ci au moment décidé par l'éditeur de services de médias audiovisuels sur la base d'une grille de programmes élaborée par lui ; »

On remarque de légères différences. Par exemple, la proposition de transposition ajoute « élaboré par lui » à la définition des services de radiodiffusion/linéaires. La directive prévoit la fourniture par le prestataire de services de médias d'un programme télévisé sur la base d'une grille de programmes, mais ne dit pas explicitement que ladite grille doit être élaborée par lui. Ajout qui semble à la fois évident, peu porteur de conséquences et clairement en harmonie avec le sens de la directive... Néanmoins, il pourrait poser problème s'il n'était pas correctement expliqué.

V. Aspects constitutionnels

Dans certains pays, la transposition de la directive éveille des problématiques anciennes et en suscite de nouvelles quant à l'aspect constitutionnel. Toutes les constitutions ne sont pas aussi modernes que la directive. L'introduction de la distinction linéaire/non linéaire en matière de services de médias audiovisuels peut très bien ne pas s'harmoniser avec une constitution, eu égard aux limites réglementaires relatives à l'intervention des États. La plupart des constitutions européennes protègent la presse écrite des interférences gouvernementales en interdisant toute forme d'implication *ex ante* et, plus particulièrement, toute censure de la part des États. Les mêmes constitutions réglementent souvent la radiodiffusion télévisuelle et radiophonique traditionnelle en autorisant un niveau d'intervention relativement élevé sur les médias concernés (obligations spécifiques de contenu, régulation de la publicité, etc.). En revanche, dans la mesure où de nombreuses constitutions ont été

12) Le texte du régulateur flamand des médias est disponible sur : <http://www.csa.be/breves/show/304>

rédigées il y a plusieurs décennies et sont souvent très difficiles à modifier, l'existence de services de médias audiovisuels non linéaires n'y a pas été prise en compte, pas plus qu'elle n'a été explicitement exclue des définitions données à la radio et à la télévision. Dans plusieurs États, ce type de service était essentiellement réglementé sous le régime des services de télécommunications. L'exemple néerlandais illustre bien cette complexité. Aux Pays-Bas, les trois premiers paragraphes de l'article 7 de la Constitution, qui traite de la liberté d'expression, sont ainsi formulés¹³ :

- « 1. Aucune autorisation préalable n'est nécessaire pour publier des avis ou des opinions par voie de presse, et ce sans préjuger de la responsabilité de toute personne face à la loi.
2. Les règles relatives à la radio et à la télévision seront établies par une loi votée par le parlement. Il n'y aura pas de supervision préalable du contenu d'un programme de radio ou de télévision.
3. Nul n'aura à soumettre des avis ou des opinions à une approbation préalable dans le but de les diffuser par des moyens autres que ceux mentionnés dans les paragraphes précédents, et ce sans préjuger de la responsabilité de chacun face à la loi (...) ».

Le premier paragraphe concerne la réglementation de la presse, le second celle de la radio et de la télévision traditionnelles ; le troisième aborde toutes les autres formes d'expression. L'historique parlementaire permet d'établir que le deuxième paragraphe inclut la télévision par abonnement et le télétexte¹⁴. Mais il est clair également que les services à la demande sont protégés par le troisième paragraphe¹⁵. Cela entraîne des conséquences intéressantes dans la mesure où ce dernier interdit les réglementations basées sur le contenu (« Nul n'aura à soumettre des avis ou des opinions à une approbation préalable... »). Une interprétation étroite de cette disposition supposerait l'interdiction par la Constitution néerlandaise de réguler les aspects liés au contenu des services à la demande sur une base *ex ante* (des dispositions existantes du Code pénal et du Code civil, qui sont de nature *ex post*, restent applicables). Reste à savoir comment le Gouvernement néerlandais va gérer cet aspect ; en effet, la proposition de transposition n'avait pas encore été rendue publique au moment de la rédaction de la présente contribution. Le gouvernement va probablement tenter d'inclure les services à la demande le plus largement possible dans la définition des services de radiodiffusion/linéaires, en adoptant l'interprétation la plus large. Par conséquent, seul un ensemble limité de services à la demande/non linéaires tomberait sous le coup du troisième paragraphe. On peut cependant se demander si une telle approche serait en ligne avec les intentions de la Constitution actuelle et cela pourrait fort bien accélérer la révision/modernisation de son article 7¹⁶. Il se peut donc que le parlement s'oppose – partiellement ou totalement – à des propositions de régulation du contenu des services à la demande sur une base *ex ante*. *In fine*, cela risque d'empêcher le pays d'exercer pleinement ses droits sur des services qui, selon les critères de la directive, devraient tomber sous sa responsabilité. L'alternative consisterait à se concentrer sur la réglementation *ex post*, mais alors cela poserait la question de la conformité pleine et entière avec la directive. Évidemment, le gouvernement et le parlement pourraient faire l'impasse sur les conflits entre la Constitution et la directive ; en effet, l'article 120 de la Constitution interdit aux tribunaux d'examiner la constitutionnalité des lois et des traités internationaux.

À cela pourrait s'ajouter un autre problème constitutionnel autour de la juste attribution des pouvoirs aux autorités nationales et régionales. Des pays tels que la Belgique et l'Allemagne ont accordé des pouvoirs exclusifs à leurs autorités régionales en matière de radiodiffusion/médias. Le problème constitutionnel posé par l'interdiction du contrôle *ex ante* du contenu pourrait également se reposer dans ce contexte. Mais cette contribution n'a pas pour objet d'examiner la question de la répartition des pouvoirs (au sein des États)¹⁷.

13) La traduction en anglais du ministère des Affaires étrangères est disponible sur :

http://www.minbzk.nl/contents/pages/6156/grondwet_UK_6-02.pdf

14) Bien que le télétexte ait fait l'objet d'intenses débats.

15) De Meij, J.M. (et al.), *Uitingsvrijheid, de vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, 2000, p. 216-219 et 223-224.

16) Les tentatives précédentes de modernisation de la Constitution ont échoué. Un projet de 2001 visant à modifier la Constitution (« Droits constitutionnels à l'ère numérique ») a été rejeté par le parlement et les annonces de projets faites en 2004 et en 2007 ne se sont pas encore concrétisées.

17) Elle n'a pas non plus pour objet d'examiner si la régulation *ex ante* prévue par la directive est conforme à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

VI. Conclusion

Il reste difficile d'évaluer l'état d'avancement de la Directive SMAV quant à la transposition de la définition des services de médias audiovisuels de radiodiffusion/linéaires et à la demande/non linéaires. La méthode la plus simple est, naturellement, de reprendre mot pour mot les définitions proposées par la directive. Il est probable que plusieurs pays opteront pour cette solution dans le but d'éviter les complications ultérieures dans l'interprétation de ces deux notions. Mais l'expérience des mises en œuvre existantes montre que, bien souvent, les États font un autre choix en développant les définitions originales ou en y apportant une orientation légèrement différente. Ce n'est pas nouveau et c'est la conséquence logique de la liberté des États membres en matière de transposition des législations européennes. Néanmoins, il est une limite qu'il n'est pas possible de franchir : les ajustements nationaux ne peuvent pas réduire la portée des définitions telles qu'elles sont formulées dans la directive. Et les complications d'ordre constitutionnel décrites dans la présente contribution constituent un autre point d'achoppement éventuel. Toutes les Constitutions ne sont pas encore prêtes à accueillir l'approche technologiquement neutre de la directive. Il faudra du temps pour résoudre ce problème, sans doute au-delà du délai imparti par la directive ; en effet, les modifications constitutionnelles sont des processus complexes.

Établissement

Responsabilité éditoriale et contrôle effectif

Jean-François Furnémont
CSA Belgique

I. Préambule

Il n'est pas aisé, pour quelqu'un disposant d'une expérience du secteur audiovisuel principalement sous l'angle de la régulation, de contribuer à une publication consacrée à la législation. La première est trop souvent confondue avec la seconde. Il sera donc tenté, dans le présent article, d'éviter autant que possible cet écueil.

Il n'est pas davantage aisé, pour un Belge, d'évoquer des questions de compétence territoriale. Cette question a toujours revêtu une grande importance pour le secteur audiovisuel en Belgique francophone, secteur qui est confronté à au moins quatre spécificités :

- un marché historiquement très ouvert, dans lequel les téléspectateurs, grâce à un réseau câblé qui couvre quasiment 100 % du territoire et qui bénéficie d'un taux d'abonnement des ménages presque aussi élevé, sont habitués depuis plusieurs dizaines d'années à recevoir une offre de trente à quarante chaînes de télévision, venant de Belgique francophone, de Belgique néerlandophone, de France, d'Allemagne, des Pays-Bas, du Royaume-Uni et de nombreux autres pays ;
- une maîtrise très limitée de l'accès au marché, due également au taux de pénétration du câble et donc à l'absence d'utilisation de ressources rares ;
- un marché francophone de petite taille adossé à un marché linguistiquement correspondant de grande taille (France) ;
- une grande sensibilité aux questions de diversité culturelle.

Une grande partie de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes visant les questions de juridiction est d'ailleurs relative à des affaires belges et plus récemment, l'affaire des chaînes belges du groupe RTL a attiré l'attention de nombreux observateurs européens. Il sera toutefois tenté, ici aussi, d'adopter une approche la plus « européenne » et la moins « nationale » possible sur le sujet.

Dans cette perspective, la présente contribution se voudra la moins théorique et la moins juridique possible. D'abord pour une question de complémentarité : de nombreux éminents juristes fourniront ailleurs dans cette publication l'indispensable éclairage juridique sur les questions abordées ici. Mais aussi pour une question de conviction : celle, partagée avec le spécialiste du droit européen des médias, Emmanuel Derieux, que « pour être mieux accepté et respecté, le droit européen et international des médias, appelé, dans l'avenir, à tenir une place de plus en plus importante, a d'abord besoin d'être davantage connu, analysé, interprété, expliqué et éventuellement même critiqué, si ce n'est contesté »¹.

1) Emmanuel Derieux, *Droit international et européen des médias*, Paris, LGDJ (Librairie générale de droit et de jurisprudence), 2003, p. 16.

II. Compétence territoriale

Le contexte politique dans lequel la Directive Services de médias audiovisuels (SMAV) a été préparée puis négociée entre 2003 et 2007 fournit un excellent point de départ pour l'analyse. Si la réglementation audiovisuelle européenne porte en elle une spécificité dans l'immense paysage des politiques européennes, c'est celle de cet équilibre particulièrement précaire entre culture et commerce. De manière autant symbolique et significative, c'était d'ailleurs sous cet auspice que s'est déroulée la conférence de Liverpool², qui fut décisive pour l'élaboration de la Directive SMAV et où la tension entre ces deux objectifs traversait tous les ateliers.

Cette tension – ou cet équilibre, selon le point de vue – s'exprime dès les premiers considérants de la Directive Télévision sans frontières (TSF) dans sa version consolidée, dont le deuxième considérant invoque le commerce (« considérant que le traité prévoit l'établissement d'un marché commun comportant l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des services et l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée »). Le troisième considérant évoque certes encore le commerce, mais aussi la culture (« considérant qu'il convient d'adopter des mesures assurant le passage des marchés nationaux à un marché commun de production et de distribution de programmes et créant des conditions de concurrence loyale sans préjudice de la fonction d'intérêt public qui incombe aux services de radiodiffusion télévisuelle »).

Cet équilibre – ou cette tension, selon le point de vue ... – est aussi souvent évoqué dans le cadre d'un aspect particulier de la politique audiovisuelle européenne, qui est celui de la juridiction. Il est alors abordé sous l'angle de l'équilibre entre la volonté de l'Union européenne – et singulièrement de la Commission européenne – d'œuvrer à la disparition de toutes les obstacles à la constitution d'un marché intérieur et la volonté des États membres – ou à tout le moins d'un grand nombre d'entre eux – d'organiser ou plus modestement de préserver un paysage audiovisuel national avec ses caractéristiques culturelles propres, certains États membres pouvant être portés sur des questions de protection des mineurs ou des consommateurs, d'autres sur des questions de quotas de diffusion d'œuvres nationales, d'autres encore sur des questions de financement du secteur de la production audiovisuelle indépendante.

Cet équilibre n'a rien de surprenant. Il est en partie l'héritage de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, dont l'article 10 garantit tant la liberté d'expression que les conditions dans lesquelles elle peut être restreinte. Il témoigne aussi de la spécificité des sociétés européennes, attachées à une prise en considération des objectifs économiques, d'une part, sociaux et culturels, d'autre part, des politiques publiques, qui se marque notamment par le refus de l'Union européenne, dans le cadre de l'UNESCO et de l'OMC, de considérer les services audiovisuels comme des services « comme les autres ». Il a d'ailleurs été pris en compte par la Directive TSF et l'est toujours par la Directive SMAV, dont la pierre angulaire est la libre circulation des services audiovisuels mais qui, d'une part, compense ce privilège par des obligations culturelles et, d'autre part, pose certaines limites à la liberté d'établissement.

Dans ce contexte, la question à laquelle la présente contribution devrait tenter d'apporter une réponse pourrait être formulée de la sorte : l'équilibre trouvé finalement par le législateur européen, après les multiples passages par la Commission, par le Conseil, par le Parlement et après les tout aussi nombreuses réécritures, négociations et concessions opérées par les uns et les autres³, est-il satisfaisant ? Permettra-t-il de répondre aux problèmes survenus ces dix dernières années dans l'application de la Directive TSF et de faire face aux défis que posera le nouveau cadre réglementaire ? Et au cas où certaines réponses seraient négatives, le travail de transposition peut-il donner l'occasion aux législateurs nationaux d'y remédier, en fonction de leurs spécificités nationales ?

Pour ce qui concerne l'objet de cette contribution, à savoir les liens entre la juridiction, la responsabilité éditoriale et la nouvelle notion de contrôle effectif, l'enjeu du processus de révision était notamment de voir quelle réponse allait être apportée aux situations de fait et de droit qui n'ont pu être résolues depuis dix ou vingt ans. Aucune réponse satisfaisante n'a été apportée, comme nous allons le voir plus en détail. Mais, eu égard à l'histoire de la politique audiovisuelle européenne, au socle sur lequel elle repose et aux objectifs poursuivis non sans cohérence par la Commission européenne dans ses compositions successives, la surprise ne devrait plus être de mise quant à ce résultat.

2) Documents et rapports disponibles sur : http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/history/consult/liverpool_2005/index_en.htm

3) Ensemble du processus de réexamen disponible sur : http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/history/consult/index_en.htm

La réponse est apportée par le considérant 12 de la Directive TSF, selon lequel « il est nécessaire et suffisant que toutes les émissions respectent la législation de l'État membre dont elles émanent ». Ce considérant clarifie les choses en signifiant que le principe du pays d'origine peut être mis en œuvre si ce n'est de manière inconditionnelle, en tout cas en le faisant prévaloir sur d'autres objectifs pourtant énoncés dans d'autres considérants mais assez vite délaissés dans la directive elle-même, comme la concurrence loyale ou la diversité culturelle. Il démontre aussi pourquoi, au cours des cinq années du processus de révision de la Directive TSF, il ne fut jamais possible, pour les parties qui le souhaitaient, de discuter de modifications substantielles à apporter à l'article 2 de la directive. En témoignent notamment :

- l'absence de considération pour la proposition défendue en 2005 par 13 États membres sur 25⁴ de faire en sorte, dans le respect du principe de subsidiarité, que la réglementation s'applique aux services et non aux fournisseurs de services :
 - soit en prévoyant que l'autorité de régulation nationale (ARN) d'un État membre applique la législation nationale aux services qui visent cet État membre, même si le fournisseur est établi dans un autre État membre ;
 - soit en prévoyant qu'un fournisseur qui fournit des services dans plusieurs États membres reste sous l'autorité de l'État membre où il est établi, mais que l'ARN de cet État membre lui applique les règles de l'État membre qu'il vise ;
- le mécanisme de résolution des conflits de juridiction envisagé par la Commission européenne dans sa proposition de directive du 13 décembre 2005 qui limitait les cas d'intervention de l'État de réception aux seuls « abus et comportements frauduleux » (dont on se demandait comment apporter la démonstration), comportant de nombreuses restrictions, établissant une procédure particulièrement lourde et offrant à la Commission européenne, en toute fin de ce processus, la possibilité de censurer *ex ante* les décisions des ARN ;
- l'absence, *in fine*, de modifications significatives de l'article 2, comme le démontrent :
 - la rédaction quasi à l'identique de l'article 2.3a), la référence au lieu où sont prises « les décisions éditoriales relatives aux services de médias audiovisuels » et plus au lieu où sont prises « les décisions de la direction relative à la programmation » n'étant qu'une adaptation aux nouvelles définitions figurant à l'article 1 et notamment à la définition du fournisseur de services ;
 - l'absence de considération pour tout autre critère que ceux figurant déjà dans la Directive TSF ;
- l'absence de précisions au sujet du rôle du comité de contact (dont la portée des délibérations et décisions demeure incertaine) et le mutisme au sujet du groupe des régulateurs (alors que ce sont bien les régulateurs et non les ministères qui sont chargés de la mise en œuvre et du respect de la directive) ;
- une prise en considération très partielle de la jurisprudence TV10.

III. Responsabilité éditoriale

Une des avancées fondamentales de la directive réside en revanche dans l'évolution juridique que connaît le concept de responsabilité éditoriale.

Cette notion n'est certes pas neuve. Elle figurait déjà dans la Directive TSF à l'article 1b, qui définissait « l'organisme de radiodiffusion télévisuelle » comme étant « la personne physique ou morale qui a la responsabilité éditoriale de la composition des grilles de programmes télévisés et qui les transmet ou les fait transmettre par une tierce partie ». Mais elle ne faisait l'objet d'aucune définition.

Désormais, elle est définie à l'article 1c de la Directive SMAV comme étant « l'exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation, soit sur une grille chronologique, dans le cas d'émissions télévisées, soit sur un catalogue, dans le cas de services de médias audiovisuels à la demande ».

4) Proposition défendue lors du Conseil des ministres européens du 23 mai 2005 par l'Autriche, la Belgique, l'Estonie, l'Irlande, la Lettonie, la Lituanie, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Slovénie et la Suède.

Il semblait en effet indispensable d'en fournir une définition la plus précise possible, dès lors qu'elle occupe une position centrale dans le dispositif réglementaire. Ainsi, selon l'article 1a, il s'agit d'un des critères permettant de résoudre la question du champ d'application, autrement dit un des critères qui, non rencontré, fait tomber un service hors du champ d'application de la Directive SMAV, et qui permet donc de répondre à la question : « Y a-t-il un fournisseur de services » ? Cet aspect de la question a déjà été analysé en profondeur par ailleurs dans une autre publication de l'Observatoire européen de l'audiovisuel⁵.

Mais la responsabilité éditoriale constitue un critère encore plus fondamental en ce que, selon l'article 1d, elle constitue non pas un des mais bien le critère permettant de répondre à la question suivante (« S'il y a un fournisseur de services, qui est-il ? »), dès lors que cet article définit le fournisseur de services comme étant « 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 ». Et qu'une fois cette personne identifiée, la réponse à la dernière question (« où est-il ? ») ne pose sans doute plus de problèmes insurmontables : il suffit de constater où se situe son siège social pour déterminer de quel État membre cette personne relève.

Cette notion est d'autant plus importante qu'elle touche, outre aux questions susmentionnées, aux nouvelles questions d'identification de la responsabilité dans des univers tant linéaires que non-linéaires qui sont en évolution constante :

- en raison de la croissance horizontale du marché (le développement d'acteurs tant locaux que nationaux ou internationaux), le caractère effectif du contrôle et l'objet du contrôle pouvant susciter des doutes sur la possibilité qu'un tel contrôle soit exercé au siège social d'un fournisseur de plusieurs dizaines de services, parfois dans des langues différentes (ce qui nous ramène à la question du « où ») ;
- en raison de l'intégration verticale du marché (la fourniture de services de médias audiovisuels par des personnes morales qui sont, directement ou indirectement, des opérateurs de réseaux et des distributeurs de services), posant de manière générale la question de l'identification de la responsabilité éditoriale au sein de la chaîne de valeur (ce qui nous ramène à la question du « qui ? ») et singulièrement la question de la fixation de la frontière entre un distributeur de services sans responsabilité éditoriale (ne fournissant qu'une simple prestation d'accès) et un distributeur de services avec responsabilité éditoriale (exerçant un réel contrôle sur le contenu). La question de cette frontière peut être résumée par la fixation de la frontière entre les deux cases mises en évidence dans le tableau suivant :

Métier	fonction	service
Editeur	éditoriale	contenu
Distributeur	éditoriale	accès (avec contrôle)
Distributeur	économique	accès (sans contrôle)
Opérateur	technique	transmission

Comme par le passé, il reviendra aux autorités nationales compétentes (ARN ou autre) de répondre à ces questions. Mais la différence fondamentale entre la Directive TSF et la Directive SMAV est qu'elles procédaient jusqu'à présent selon une conception de la responsabilité éditoriale que chaque autorité interprétait à sa guise et dans laquelle elle mettait donc un niveau de contrôle plus ou moins élevé sur des opérations plus ou moins détaillées, et qu'elles devront désormais procéder selon des critères fixés par la directive et qui, à ce titre, constituent le socle s'imposant à tous :

- le caractère du contrôle, qui doit être non pas théorique mais « effectif » ;
- l'objet du contrôle, qui ne doit pas être d'ordre général mais porter sur « la sélection » et « l'organisation » des programmes diffusés.

5) Wolfgang Schulz et Stefan Heilmann, IRIS Spécial, *La responsabilité éditoriale*, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2008.

IV. Éventuelles pistes de solution pour la transposition

Face à ces carences et ces nouveautés, le processus de transposition et de mise en œuvre qui est en cours peut-il constituer une opportunité pour les États membres d'apporter une réponse plus détaillée ou plus appropriée à leurs spécificités nationales, comme le permet le considérant 65 de la Directive SMAV selon lequel les États sont « libres de choisir les instruments appropriés, en fonction de leurs traditions juridiques et des structures établies » ?

En ce qui concerne les questions d'établissement, les imperfections du dispositif ne revêtant pas un caractère involontaire, il est sans doute vain de vouloir y remédier : le douzième considérant de la Directive TSF énonce très clairement l'impossibilité de considérer qu'un service (ou un fournisseur de services) est établi dans le pays de réception et non dans le pays d'origine.

Cet élément a été pris en compte par le Parlement de la Communauté française de Belgique qui, dans le décret transposant la directive, a supprimé l'article 2 §7 du Décret sur la radiodiffusion du 2003 selon lequel « Relève de la compétence de la Communauté française, l'éditeur de services qui est établi dans un État membre de l'Union européenne ou partie à l'Accord sur l'Espace économique européen vis-à-vis duquel il a été constaté par le Collège d'autorisation et de contrôle, après consultation de la Commission de l'Union européenne, que ses activités sont entièrement ou principalement tournées vers le public de la Communauté française et qu'il s'est établi dans l'un de ces États en vue de se soustraire aux règles qui lui seraient applicables s'il relevait de la compétence de la Communauté française ». Cet article n'avait de toutes façons jamais trouvé à s'appliquer.

Néanmoins, quelques adaptations à la directive pourraient sans doute être envisagées lors de la transposition, comme par exemple :

- l'extension de la procédure de conflit de juridiction prévue à l'article 3 (§ 2 à 5) aux services non linéaires ;
- une précision de ce que signifie l'expression « une partie importante des effectifs employés aux activités de services de médias audiovisuels » ;
- un allègement du lourd mécanisme prévu à l'article 3 (§ 2 à 5), comme l'a fait le législateur belge francophone dans l'article 156 §5 du décret de transposition :

« Lorsque le Collège d'autorisation et de contrôle constate qu'un ou plusieurs services télévisuels linéaires d'un éditeur de services établi dans un État membre de l'Union européenne ou partie à l'Accord sur l'Espace économique européen sont entièrement ou principalement destinés au public de la Communauté française, il adresse à l'autorité compétente de l'État dans lequel l'éditeur de services concerné est établi, une demande motivée par laquelle il invite cette autorité à enjoindre à l'éditeur de services concerné de se conformer aux dispositions du Titre II et des articles 40 et 41 du présent décret.

A défaut de résultats ou de réponse de l'autorité compétente dans les deux mois de l'envoi de la demande, et si le Collège d'autorisation et de contrôle estime que l'éditeur de services s'est établi sur le territoire de l'État compétent afin de se soustraire aux règles qui lui seraient applicables s'il relevait de la compétence de la Communauté française, alors le Collège d'autorisation et de contrôle peut prononcer, après consultation de la Commission européenne, des sanctions à l'égard de l'éditeur de services concerné afin de le soumettre aux dispositions du Titre II et des articles 40 et 41 du présent décret.

Ces sanctions doivent être prises parmi les sanctions visées à l'article 156, §1^{er}, 1^o, 2^o, 6^o et 7^o. Elles doivent être objectivement nécessaires, appliquées de manière non discriminatoire, et proportionnées au regard des objectifs poursuivis.

La consultation de la Commission européenne visée au 2^e alinéa est organisée de la manière suivante :

- a) le gouvernement notifie à la Commission européenne et à l'État dans lequel l'éditeur s'est établi le projet de sanction du Collège d'autorisation et de contrôle, accompagné des motifs sur lesquels ce dernier fonde ce projet ;
- b) le Collège d'autorisation et de contrôle n'est autorisé à prononcer la sanction que si la Commission européenne estime, dans un délai de trois mois qui suivent la notification, que

le projet en question est compatible avec le droit communautaire. L'absence de réponse de la Commission européenne dans le délai fixé vaut accord de celle-ci. »

Une telle transposition apporte notamment les clarifications suivantes en ce qu'elle :

- ne fait pas référence à des « règles plus détaillées ou plus strictes d'intérêt public général », mais seulement à des « règles » ;
- supprime la première étape de la procédure, qui prévoit la possibilité pour l'État de réception « de s'adresser à l'État membre compétent en vue de parvenir à une solution mutuellement satisfaisante aux problèmes rencontrés » ;
- prévoit le cas où l'État membre compétent n'apporte pas de réponse ;
- détaille les « mesures appropriées » que peut prendre l'État de réception ;
- prévoit le cas où la Commission n'apporte pas de réponse au sujet des mesures envisagées par l'État de réception.

En ce qui concerne la responsabilité éditoriale, la marge de manœuvre des États membres est beaucoup plus importante dès lors qu'ils disposent de la possibilité, en vertu du considérant 23 de la Directive SMAV, de « préciser certains aspects de la définition de la responsabilité éditoriale, notamment la notion de contrôle effectif, lorsqu'ils adoptent les dispositions mettant en œuvre la présente directive ».

Dans cet esprit, un maître mot devrait guider les parlements nationaux : l'effectivité, dont on ne soulignera jamais assez qu'elle doit sous-tendre tout processus législatif. Si la volonté du législateur européen et à sa suite des législateurs nationaux est que les objectifs de la directive soient effectivement atteints, il convient pour les autorités compétentes d'identifier la personne physique ou morale qui, au sein d'une chaîne de valeur audiovisuelle de plus en plus complexe et morcelée, est la mieux à même de mettre en œuvre ces objectifs.

Dans l'esprit de la définition de la responsabilité éditoriale qui fait référence au contrôle effectif, cette personne pourrait être identifiée en cumulant un faisceau d'indices qui sont liés directement aux objectifs de la directive et aux activités du fournisseur de services et qui, additionnés, guideront vers la personne effectivement responsable :

- quels sont les dispositifs, soit réglementaires soit d'autorégulation, mis en œuvre en matière de protection des mineurs (« watershed », classification, signalétique, ...) et qui les met en œuvre de manière régulière et opérationnelle ?
- quels sont les dispositifs, soit réglementaires soit d'autorégulation, mis en œuvre en matière d'éthique publicitaire (jury d'éthique publicitaire, ...) ?
- quels sont les dispositifs mis en œuvre en matière de déontologie de l'information (conseil de presse, ...) ?
- d'autres dispositifs d'auto ou de corégulation sont-ils mis en œuvre, et si oui par qui ?
- quels sont, en matière de protection du consommateur, les autres dispositifs législatifs non liés à l'audiovisuel qui sont sollicités (autorisation de diffuser des jeux de hasard, ...) ?
- quelle est la régie publicitaire du fournisseur de services ?
- qui sont les distributeurs du service ?
- avec quels détenteurs de droits négocie le fournisseur de services ?
- ...

Cette démarche, ancrée dans la pratique, ne semble pas très éloignée de la méthode préconisée par le législateur britannique et pratiquée par l'Ofcom, dont l'expérience d'autorité de contrôle du plus grand nombre de fournisseurs de services en Europe ne peut que susciter l'intérêt. Ainsi, le *Communications Act* définit-il le fournisseur de services comme la seule et unique personne qui détient le contrôle général sur les programmes et autres services et facilités compris dans le service (qu'il ait le contrôle ou non du contenu des programmes, de la diffusion ou de la distribution du service).

Une démarche similaire sous-tend de nombreuses réflexions figurant dans l'analyse susmentionnée de la notion de responsabilité éditoriale effectuée récemment par l'Observatoire européen de l'audiovisuel et singulièrement lorsqu'ils estiment que « on pourrait envisager de subordonner la responsabilité éditoriale au type de réglementation qui régit les décisions du fournisseur (potentiel). Le concept de responsabilité éditoriale pourrait alors signifier qu'un code déontologique journalistique et éditorial, au sens socioprofessionnel, doit être à la base de la sélection et de l'organisation des

contenus pour pouvoir parler de fournisseur de services de médias. Le journalisme sélectionne et structure des contenus selon des critères spécifiques visant à garantir la pertinence sociale des informations ; en science de la communication, on le considère comme le service d'un système social spécialisé. La responsabilité éditoriale est également liée à la déontologie, c'est-à-dire l'aspect normatif de l'activité journalistique »⁶. Elle est également en ligne avec les conclusions de la table ronde organisée en 2002 par l'Observatoire européen de l'audiovisuel, l'IVIR et l'EPRA, où il était fort opportunément relevé que « la responsabilité éditoriale pourrait profiter d'une définition plus précise » et que, dans ce cadre, « il pourrait être envisagé des critères opérationnels de la compétence juridique autres que le siège social et le contrôle éditorial, en particulier à la lumière des avancées réalisées en matière de réglementation des contenus. Au fond, il s'agit de savoir qui est responsable de la programmation, des quotas de production, de la protection de la jeunesse, de la publicité, etc. Il est important de cerner la responsabilité éditoriale car elle désigne le radiodiffuseur qui est responsable ou peut être tenu pour responsable d'un contenu indésirable. Bien que des qualifications techniques puissent se révéler utiles, le pouvoir de modifier la programmation (contenu) est la meilleure preuve du contrôle éditorial »⁷.

V. Conclusions

Une approche basée sur l'effectivité présente des avantages non négligeables pour l'ensemble des acteurs concernés :

- elle est claire pour les téléspectateurs/consommateurs (qui pourront s'adresser aux responsables opérationnels des programmes qu'ils regardent) ;
- elle est claire pour les fournisseurs de services (qui savent que c'est bien leur activité de sélection et d'organisation des contenus audiovisuels qui est régulée et non une autre) et inversement pour ceux qui n'exercent pas la fonction de fournisseur de services (et qui sont à l'abri de se voir désigner comme responsable d'un contenu auquel ils ne font que fournir un accès) ;
- elle garantit au législateur communautaire et national la mise en œuvre effective des objectifs fixés dans la législation.

Appliquée de la sorte, la directive devrait permettre d'identifier assez aisément qui est réellement le fournisseur de services, et donc l'établissement de celui-ci, évacuant ainsi une grande partie des conflits de juridiction potentiels, les divers indices mentionnés ci-dessus, étayant un contrôle effectif sur la sélection et l'organisation, ne devant guider que dans des situations exceptionnelles à des personnes différentes.

Cette analyse est confortée aujourd'hui par l'article 2.3a) de la Directive SMAV selon lequel le fournisseur de services est établi dans l'État membre où il a son siège social et où les « décisions éditoriales » sont prises. Comme l'indique la doctrine de manière unanime, la distinction entre « responsabilité éditoriale » et « décisions éditoriales » ne peut en effet être que sémantique. Dans ce contexte, les articles 2.3b) et 2.3c) seront donc sans doute inutiles à la détermination de l'établissement.

Si néanmoins, par impossible, une distinction devait être faite entre la responsabilité éditoriale qu'assume un fournisseur de services en vertu de l'article 1 et les décisions éditoriales qui déterminent l'établissement en vertu de l'article 2, la porte serait alors ouverte à toutes les fictions juridiques possibles et imaginables.

Ceci ne serait pas sans conséquence sur la tension entre le droit communautaire et le droit national. Certes, cette tension existe depuis les débuts de la construction européenne. Mais aujourd'hui, elle semble prendre de nouvelles dimensions dont on peut se demander si l'on en mesure bien la portée. Car, d'une part, elle percole désormais (et de plus en plus souvent) jusque dans les urnes, comme l'ont démontré certains référendums organisés ces dernières années. D'autre part, elle semble être de moins en moins diminuée par le principe de subsidiarité, dont on se demande ce qu'il reste encore lorsque la Commission européenne enjoint les États membres à procéder à une transposition « *light touch* »,

6) Wolfgang Schulz et Stefan Heilmann, *op. cit.*, p. 19.

7) Wolfgang Schulz et Stefan Heilmann, *op. cit.*, p. 12-13.

autrement dit à limiter le droit national au droit communautaire et donc l'édifice à son socle. Et enfin et surtout, elle touche désormais, via la politique audiovisuelle, à la politique culturelle, et donc à l'identité, comme le pointe Karol Jakubowicz : « la promotion de l'identité européenne ne peut pas, et en fait n'a pas besoin d'oblitérer le noyau fondamental de l'identité nationale ou ethnique, au risque que cette identité resurgisse, plus forte que jamais. On pourrait avancer que c'est déjà le cas. [...] Ne pas arriver à comprendre et à apporter de réponse à une nouvelle situation, et continuer à insister sur la promotion de la culture et de l'identité « européenne » aux dépens (comme cela est ressenti par beaucoup) de cultures et identités nationales peut exacerber, au lieu de les résoudre, les problèmes existants et croissants posés par l'intégration européenne »⁸.

Ceci ne serait pas non plus sans conséquence sur l'issue de la bataille entre le commerce (autrement dit la création d'un marché intérieur libéré de toutes entraves) et la culture (autrement dit la possibilité pour les États membres d'encadrer par certains principes et certaines valeurs l'activité culturelle de leurs concitoyens), bataille dont non seulement un des protagonistes pourrait bien être déclaré vainqueur, mais en plus par un extraordinaire K.-O.

8) *Services de médias audiovisuels sans frontières*, Iris Spécial, Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2006, p. 40

Le placement de produit

Impact de la Directive Services de médias audiovisuels sur la situation juridique actuelle

Oliver Castendyk
Erich Pommer Institut, Université de Potsdam

La Directive Services de médias audiovisuels¹ (ci-après : Directive SMAV), entrée en vigueur fin décembre 2007, autorise les placements de produits² sous réserve de certaines conditions strictement encadrées. La règle visée à l'article 3 *octies* de la Directive SMAV doit être transposée dans le droit allemand par le biais du 13^e *Rundfunkänderungsstaatsvertrag*³ (traité d'État portant modification du Traité sur la radiodiffusion) d'ici fin 2009. La marge de manœuvre laissée aux États membres est importante⁴. L'Allemagne peut tout aussi bien opter pour le maintien du régime précédent, qui interdisait l'intégration de produits en échange d'une rétribution, que transposer la nouvelle réglementation telle quelle dans le *Rundfunkstaatsvertrag* (Traité sur la radiodiffusion – RStV) ou établir une distinction entre les radiodiffuseurs privés et publics. La concertation avec les directeurs des organismes de radiodiffusion régionaux est en cours. Le présent rapport procède à la comparaison entre la situation juridique actuelle et celle qui sera mise en place dans le cadre de la Directive SMAV pour en conclure que si les anciens problèmes pourront être résolus, de nouvelles difficultés ne manqueront pas de surgir.

I. État des lieux

Les produits et services dans les films cinématographiques, téléfilms, émissions de divertissement et sportives sont un phénomène quotidien. Chacun connaît l'Aston Martin et les montres Omega de *James Bond* ou les chaussures Manolo Blahnik de la série américaine *Sex and the City*. Sur Internet, on trouve également des pages Web sur lesquelles les utilisateurs font l'inventaire des placements de produits dans les productions audiovisuelles et placent les vidéos correspondantes⁵.

1) Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, disponible sur :

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2007/L_332/L_33220071218de00270045.pdf

2) Article 3 *octies* de la Directive SMAV.

3) Le 25 mars 2009, la *Rundfunkkommission* (Commission de la radiodiffusion) des Länder a décidé d'autoriser le placement de produit dans les limites prévues par la Directive SMAV. Les chaînes publiques ne peuvent toutefois placer que des accessoires d'une valeur négligeable, dans le cadre de l'autorégulation qu'elles ont elles-mêmes annoncée. La *Rundfunkkommission* entend présenter un projet définitif de 13^e RÄndStV d'ici la *Ministerpräsidentenkonferenz* (Conférence des ministres-présidents) de l'été, car la directive doit être transposée dans le droit allemand avant la fin de l'année. Par ailleurs, une concertation publique sur le 13^e RÄndStV aura lieu début mai.

4) Cf. considérant 62 de la Directive SMAV.

5) Cf. par ex. les vidéos sur YouTube consacrées à *Spiderman*, disponibles sur :

<http://www.youtube.com/watch?v=3h0k80p8K2w> ou à *Casino Royal*, disponibles sur :

<http://www.youtube.com/watch?v=P1lmAfy3c10>, ainsi que la liste des placements de produits dans divers films, disponibles, entre autres, sur <http://www.listal.com/list/hall-fame-product-placement>

Le modèle commercial du placement de produit est une réussite. Il représente un chiffre d'affaires annuel mondial d'environ 2,3 milliards d'euros. À titre d'exemple, citons l'accord passé entre Volkswagen AG et Universal Studios, aux termes duquel ce dernier s'engage à utiliser exclusivement des voitures de la marque VW ou Audi dans toutes ses productions pendant une durée de trois ans. En contrepartie, Volkswagen AG lui verse la somme de 200 millions d'euros. C'est ainsi qu'en moyenne 10 % du budget des productions américaines aux États-Unis sont assurés par les placements de produits. En Allemagne, le placement de produit ne représente que 1 à 2 % du budget de production des films cinématographiques.

Lorsque le législateur européen déclare : « Le placement de produit est une réalité dans les œuvres cinématographiques et dans les œuvres audiovisuelles destinées à la télévision »⁶, il décrit la réalité. Or, cette réalité a évolué aussi bien aux États-Unis, sur un mode plus évident, qu'en Europe, malgré l'interdiction européenne de la publicité clandestine dans les productions télévisées depuis 1989⁷.

II. La situation juridique

L'article 2, paragraphe 2, alinéa 6 du RStV définit la publicité clandestine comme « la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services dans des programmes, lorsque cette présentation est faite de façon intentionnelle par le fournisseur de services de médias dans un but publicitaire et risque d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation. Une présentation est considérée comme intentionnelle notamment lorsqu'elle est faite moyennant paiement ou autre contrepartie ».

1. L'intention publicitaire

Dans la pratique, l'établissement de l'intention publicitaire du radiodiffuseur pose des problèmes majeurs pour diverses raisons.

1.1. La mise en avant de manière injustifiée (*proéminence indue*)

On présume une intention publicitaire lorsque la présentation des produits est faite moyennant paiement ou autre contrepartie. Or, dans la pratique, cette subordination au critère de rétribution ne sert que rarement à établir la preuve du caractère intentionnel de la présentation.

En effet, les transactions financières au sein des organismes de radiodiffusion ne sont pas connues des autorités de surveillance. Il faudrait entreprendre des démarches d'investigation lourdes et coûteuses pour pouvoir démontrer l'existence de versements clandestins effectués par des publicitaires pour le placement de produits ou de thèmes⁸.

La jurisprudence et les autorités de régulation doivent donc appliquer d'autres critères pour pouvoir démontrer le caractère intentionnel d'une présentation, notamment la mise en évidence de façon injustifiée (*proéminence indue*), que la Commission européenne considère établie dès lors que les produits ou les marques sont présentés de façon récurrente ou insistante⁹. Dans plusieurs États membres, certains tribunaux appliquent une conception plus stricte qui ne réfute le caractère intentionnel d'une présentation que lorsque celle-ci s'avère indispensable. Les radiodiffuseurs publics ont également adopté cette interprétation dans leurs directives en matière de publicité¹⁰, même si, dans la pratique, ils ne s'y tiennent pas toujours¹¹.

6) Considérant 61 de la Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

7) Article 10, paragraphe 4 en lien avec l'article 1 d) de la Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0552:DE:HTML>

8) Cf. Castendyk, *Marienhof und die Folgen – „Themen-Placements“ als Schleichwerbung*, epd medien 82/2005, p. 20 et suivants

9) Cf. Communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la Directive Télévision sans frontières concernant la publicité télévisée JO 2004/C 102/02 n° 33.

10) Cf. chapitre 8, paragraphe 3 des directives d'ARD et de ZDF en matière de publicité.

11) Fuchs, *„Wer schleicht denn da? – Product Placement und Schleichwerbung im deutschen Fernsehen, Eine Analyse der ZDF-Show „Wetten dass...?“*, dans *Medien Wirtschaft* 2005, p.199 et suivants.

1.2. La responsabilité

Souvent, ce n'est pas le radiodiffuseur qui perçoit une rétribution, mais le producteur du film ou de la série. En ce cas, il est pertinent de se demander si on peut imputer au radiodiffuseur une intention publicitaire. C'est pourquoi la jurisprudence européenne et la pratique des régulateurs ajoutent un critère supplémentaire lié au pouvoir d'influence du radiodiffuseur sur la production ; selon ce critère, une présentation est jugée intentionnelle lorsqu'une rétribution est versée aux producteurs *et* que le radiodiffuseur peut exercer une influence sur la production de l'émission. C'est l'hypothèse généralement retenue dans le cas des productions propres et sur commande. Dans le cadre des productions sous licence, par exemple avec un film cinématographique comme *James Bond*, le radiodiffuseur a rarement un pouvoir d'influence, de sorte qu'on doit, en principe, exclure le caractère intentionnel de la publicité. Dans le cas des productions sur commande, la seule possibilité dont dispose le radiodiffuseur pour réfuter la présomption juridique d'intention consiste à démontrer qu'il a interdit par contrat la publicité clandestine au producteur concerné et que le placement de produit ne présentait pas un caractère évident au point de sauter aux yeux du radiodiffuseur lors du visionnage de l'émission.

2. La tromperie

L'élément constitutif de la tromperie pose, quant à lui, un autre problème. Il y a tromperie lorsque le public est trompé sur le motif proprement dit de la présentation visuelle ou verbale (ne correspondant à aucune nécessité éditoriale ou dramaturgique). Ce problème est particulièrement épineux dans le cas des placements affichés (*open placements*), pour lesquels les caractères de « clandestinité » et, partant, de tromperie, font défaut. Prenons, pour illustrer notre propos, l'exemple d'une émission de divertissement bien connue du samedi soir. Au cours de l'émission, un célèbre animateur sort son téléphone portable pour en vanter le design, la technologie évoluée et divers autres avantages. Ensuite, il ajoute qu'il a été payé, bien entendu, par le fabricant du modèle pour tenir ce discours. Il est indéniable que les déclarations de l'animateur constituent un message publicitaire. Néanmoins, étant donné qu'il annonce clairement le caractère publicitaire de son geste, la tromperie fait défaut. C'est pourquoi la publicité intégrée affichée, « non-clandestine », ne relève pas de la publicité clandestine illicite¹². Elle n'est généralement répréhensible que si elle contrevient à l'interdiction d'exercer une influence (voir paragraphe III.2.5. ci-dessous).

III. Le nouveau cadre juridique

La nouvelle Directive SMAV autorise le placement de produit dans certaines circonstances.

L'article 3 *octies* de la directive dispose ce qui suit :

« 1. Le placement de produit est interdit.

2. Par dérogation au paragraphe 1, le placement de produit est admissible, à moins qu'un État membre en décide autrement,

- dans les œuvres cinématographiques, films et séries réalisés pour des services de médias audiovisuels, ainsi que pour des programmes sportifs et de divertissement, ou
- lorsqu'il n'y a pas de paiement mais uniquement la fourniture, à titre gratuit, de certains biens ou services, tels que des accessoires de production et des lots, en vue de leur inclusion dans un programme.

La dérogation prévue au premier tiret ne s'applique pas aux programmes pour enfants.

Les programmes qui comportent du placement de produit répondent au moins à toutes les exigences suivantes :

- a) leur contenu et, dans le cas de la radiodiffusion télévisuelle, leur programmation ne doivent en aucun cas être influencés de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriales du fournisseur de services de médias ;

12) Contrairement à l'analyse de Platho dans *Die Systematik von Schleichwerbung und Produktplatzierung und ihre Verfehlung in der AVMD-Richtlinie*, MMR 2009, 582, 585 et de l'OVG Rheinland-Pfalz, arrêt du 17 décembre 2008, affaire 2 A 10327/08.OVG, p. 20, Cf. IRIS 2009-2 : 10.

- b) ils n'incitent pas directement à l'achat ou à la location de biens ou de services, notamment en faisant des références promotionnelles spécifiques à ces produits ou services ;
- c) ils ne mettent pas en avant de manière injustifiée le produit en question ;
- d) les téléspectateurs sont clairement informés de l'existence d'un placement de produit. Les programmes comportant du placement de produit sont identifiés de manière appropriée au début et à la fin de leur diffusion, ainsi que lorsqu'un programme reprend après une interruption publicitaire, afin d'éviter toute confusion de la part du téléspectateur.

Par exception, les États membres peuvent déroger aux exigences énoncées au point d), pour autant que le programme concerné n'ait été ni produit ni commandé par le fournisseur de services de médias lui-même ou une société affiliée au fournisseur de services de médias.

3. En tout état de cause, les programmes ne comportent pas de placement :

- de produits du tabac ou de cigarettes, ou de placement de produits émanant d'entreprises qui ont pour activité principale la fabrication ou la vente de cigarettes et d'autres produits du tabac, ou
- de médicaments ou de traitements médicaux spécifiques disponibles uniquement sur ordonnance dans l'État membre de la compétence duquel relève le fournisseur de services de médias. »

1. Structure de l'article 3 *octies* de la Directive SMAV

La disposition de l'article 3 *octies* de la Directive SMAV est structurée de la façon suivante : l'interdiction du placement de produit demeure la règle. Suivent ensuite deux exceptions régies par le principe de l'« *opt-out* », c'est-à-dire que les exceptions ne sont applicables dans un État membre que si ce dernier ne s'est pas doté d'une réglementation plus stricte.

La première exception prévue par la Directive SMAV autorise le placement de produit dans les œuvres cinématographiques, films et séries, ainsi que dans les programmes sportifs et de divertissement. Cette autorisation s'étend donc à environ 80 % de la télévision grand public. Cette dérogation exceptionnelle à l'interdiction du placement de produit est partiellement restreinte et ne s'applique pas aux programmes pour enfants.

La deuxième exception concerne la simple fourniture, à titre gratuit, de certains biens ou services, quel que soit le genre de la production audiovisuelle.

La première exception susmentionnée, c'est-à-dire l'autorisation de placements de produits dans certaines catégories de programmes, est subordonnée à un certain nombre de conditions :

- absence d'influence sur la responsabilité et l'indépendance éditoriale du radiodiffuseur
- absence d'incitation directe à l'achat ou à la location de biens ou de services
- absence de mise en avant de manière injustifiée et interdiction de toute publicité pour le tabac ou certains médicaments délivrés uniquement sur ordonnance,
- nécessité d'une signalisation claire informant le public d'un placement de produit.

2. Problèmes liés à l'application

En dépit d'une formulation relativement claire, cette réglementation soulève certains problèmes.

2.1. Le genre du « feuilleton »

En premier lieu se pose la question de savoir pourquoi le genre du « feuilleton » n'est pas répertorié dans la liste des émissions pour lesquelles le placement de produit est autorisé. Par feuilleton, on entend des épisodes liés entre eux par le contenu. Ce lien est constitué soit par le déroulement d'une même intrigue au fil des épisodes, soit par le retour d'un ou plusieurs personnages à chaque épisode¹³. Même si l'on peut arguer du fait qu'un « feuilleton » est composé de « téléfilms », il eût été préférable de s'en tenir à la terminologie de la Directive Télévision sans frontières en vigueur jusqu'à présent.

13) CJCE, C-245/01, RTL c. NLM, rec. 2003, I-12489, note 108.

2.2. La fourniture « à titre gratuit »

D'autre part la directive ne précise pas ce qu'il faut entendre par « fourniture à titre gratuit ». Cette règle doit être interprétée à la lumière du considérant 61, qui subordonne la qualification de placement de produit, au sens visé par la directive, à la valeur du produit ou du service présenté. Selon les termes de la directive, la fourniture gratuite de biens ou de services, tels que des accessoires de production ou des prix (mis à la disposition d'émissions de jeux), ne devrait être considérée comme un placement de produit que lorsque les biens ou services concernés ont une *valeur non négligeable*. Dans ce cas uniquement, les conditions connexes fixées par l'article 3 *octies* de la Directive SMAV doivent être remplies. Dans la mesure où les produits ou les services concernés ont une valeur *négligeable*, il n'y a pas de placement de produit.

Pour apprécier cette valeur, on peut appliquer deux méthodes. La première consiste à prendre en compte la valeur absolue du produit ou du service. La seconde, qui semble préférable, se base sur un calcul proportionnel, en tenant compte du rapport entre le produit ou service fourni et le budget de production. Ainsi, un accessoire de production d'une valeur supérieure à 1 % du budget global pourrait être considéré comme non négligeable et relever du placement de produit, ce qui implique une exigence de conformité avec les conditions connexes visées à l'article 3 *octies* de la Directive SMAV¹⁴.

2.3. La nécessité d'une signalisation

Par ailleurs, la nécessité d'une signalisation informant le public du placement d'un produit au cours d'une émission pose également un problème. Cette règle qui vise à garantir la possibilité d'identifier les placements de produits est une condition essentielle pour que le placement de produit échappe à la qualification de publicité clandestine. Pour cela, la signalisation doit apparaître en début et en fin d'émission, ainsi qu'à chaque interruption publicitaire.

En tout état de cause, il reste à savoir quelle forme prendra cette signalisation. Les produits et services placés et les marques correspondantes peuvent ou doivent-ils être expressément nommés ? Les descriptifs valorisants sont-ils autorisés ? À cet égard, la comparaison avec la mention des parrainages s'impose. À l'origine, cette mention était uniquement prévue pour informer le téléspectateur qui devait décider lui-même si l'émission parrainée était influencée ou non par le parrain. Aujourd'hui, les mentions de parrainage sont commercialisées comme des mini-spots. L'objectif initial d'information du téléspectateur est passé au second plan.

2.4. La « mise en avant de manière injustifiée » d'un produit

Il reste également à définir comment traiter, à l'avenir, le critère de « mise en avant de manière injustifiée ». Si l'on considère que jusqu'à présent, dans la pratique, seul un produit « mis en avant de manière injustifiée » pouvait être qualifié de publicité clandestine, il conviendrait d'appliquer une méthode d'interprétation plus libérale dans le cadre d'une utilisation régie par la nouvelle directive. En effet, dans le cas contraire, il ne reste en définitive plus de place pour le placement de produit licite. Autrement dit, conformément à la pratique de surveillance actuelle, lorsqu'un produit n'est pas mis en avant de manière injustifiée, il ne saurait être considéré comme de la publicité clandestine si on ne peut pas prouver des transactions financières de nature exceptionnelle. Or, du point de vue du radiodiffuseur, la nouvelle réglementation entraîne des complications au niveau pratique, si un placement qui n'est pas mis en avant de manière injustifiée se voit brusquement assujéti à de nouvelles restrictions telles que, par exemple, l'exercice d'une influence illicite (voir ci-après) ou la nécessité d'une signalisation.

2.5. L'interdiction d'exercer une influence sur la « responsabilité éditoriale »

Enfin, l'application de l'interdiction d'exercer une influence sur la « responsabilité éditoriale » ne manquera pas de poser quelques problèmes. L'interdiction de remettre en cause la responsabilité éditoriale ne joue qu'un rôle mineur, car la responsabilité juridique du radiodiffuseur est systématiquement engagée, que les émissions comportent des placements de produits licites ou illicites.

14) Castendyk, dans : Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law, Commentary to Article 3i AVMSD*, note 17.

Il s'avère beaucoup plus complexe de déterminer si, au cas par cas, le placement de produit est susceptible de porter atteinte à la responsabilité éditoriale. À cet égard, plusieurs options sont possibles : selon une interprétation stricte, tout placement de produit influence la responsabilité éditoriale. Cette interprétation est tellement stricte qu'elle perd son effet différenciateur. En revanche, une interprétation plus large fait valoir l'ultime compétence décisionnelle du radiodiffuseur. Si ce dernier conserve cette compétence, il n'y a pas d'influence sur la responsabilité éditoriale ; si en revanche une disposition contractuelle prévoit le transfert du pouvoir décisionnel sur l'annonceur, la responsabilité éditoriale peut être pleinement considérée comme placée sous influence.

2.6. Le principe de séparation de la Directive SMAV

Pour finir, il convient d'établir quelle est la finalité même du principe de séparation, qui se voit transgressé par l'autorisation partielle du placement de produit. Ce principe établit que les programmes éditoriaux doivent être clairement séparés de la publicité ou des communications commerciales audiovisuelles ; il est garanti au niveau européen par l'article 10, paragraphe 1, alinéa 2 de la Directive SMAV (pour les services linéaires tels que la télévision). Son rôle protecteur dépasse le champ des consommateurs et de la concurrence et porte davantage sur la liberté de programmation du radiodiffuseur, ainsi que sur l'indépendance des médias vis-à-vis du secteur économique. Pour reprendre les catégories juridiques constitutionnelles, il s'agit donc de la liberté de programmation du radiodiffuseur¹⁵. Or, on peut se demander dans quelles circonstances cette indépendance des médias risque d'être compromise. Pour notre part, nous pensons que tel est le cas lorsque les critères éditoriaux sont remplacés par des critères publicitaires, c'est-à-dire lorsque les règles spécifiques régissant une intrigue de qualité, de bons dialogues ou un reportage journalistique bien documenté cèdent le pas à des impératifs dictés par la publicité.

Pour illustrer notre propos, prenons un exemple dans le domaine sportif : un match de football est soumis à un règlement. Ce règlement est applicable en toutes circonstances, que les joueurs portent ou non des t-shirts publicitaires, que des bannières publicitaires soient visibles ou non. Dans ce cadre, la publicité n'a donc aucune influence sur le règlement et ne pose pas de problème. Pour revenir à l'indépendance éditoriale et rédactionnelle, cela signifie que cette indépendance est compromise dès que ses règles et ses critères sont transgressés par l'impact de la publicité sur le contenu.

IV. Conclusion

La Directive Services de médias audiovisuels apporte autant de réponses que de questions. Il reste à voir comment les législateurs des États européens s'accommoderont de la vaste marge de manœuvre dont ils disposent.

15) Cf. Gounalakis, *Werbung im Rundfunkprogramm – Zwischen Trennungsgrundsatz und Schleichwerbungsverbot*, WRP 2005, 1476 et suivants.

Le droit aux brefs reportages d'actualité

L'expérience autrichienne

Robert Rittler

Gassauer-Fleissner Avocats, Vienne

Le droit aux brefs reportages d'actualité polarise les radiodiffuseurs télévisuels, les politiques, les associations de téléspectateurs et les spécialistes. A cet égard, faut-il faire prévaloir le droit du grand public à l'information (c'est là l'officielle raison d'être de ce droit et la position de ses partisans), ou instituer *de facto* un « droit fondamental au football » (comme le soutiennent ses détracteurs) ? Au fil d'une longue série de décisions rendues par ses plus hautes juridictions, l'Autriche a acquis une expérience approfondie de cette question juridique. Nous allons présenter brièvement dans cet article les décisions importantes de la Chambre fédérale des communications (BKS) et des juridictions suprêmes, qui peuvent également présenter un intérêt en dehors de l'Autriche.

Lorsqu'un télédiffuseur acquiert les droits de retransmission exclusifs pour un événement présentant un grand intérêt pour le public, ou lorsqu'il est le seul télédiffuseur à pouvoir le retransmettre et que cette retransmission se fait sur une chaîne de télévision cryptée ou dont la couverture n'est pas nationale, une partie de la population n'est alors pas en mesure de suivre cet événement à la télévision. Le droit aux brefs reportages d'actualité représente un moyen d'éviter cette situation, en autorisant d'autres télédiffuseurs à retransmettre eux-mêmes de courts extraits de l'enregistrement audiovisuel. Accorder à d'autres chaînes le droit de retransmettre la totalité de l'événement servirait le même objectif. Ce droit-là, toutefois, empiète nettement plus que le droit aux brefs reportages d'actualité sur les prérogatives du détenteur exclusif des droits ; il ne peut donc être envisagé que dans des conditions plus strictes encore. Dans les faits, cette solution ne pourrait être mise en œuvre que pour de rares événements, en raison des locaux réduits sur place et des coûts de captation.

I. Bases juridiques européennes

Le droit aux brefs reportages d'actualité a fait son entrée dans le droit européen avec la Convention européenne sur la télévision transfrontière¹. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a publié à ce sujet la recommandation détaillée R (91) 5. Au moment de l'entrée en vigueur de la convention, il n'existait pas de réglementation comparable au niveau de l'Union européenne, si bien que ces dispositions étaient susceptibles d'être appliquées par tous les États membres de l'UE². Le Protocole portant amendement à la Convention européenne sur la télévision transfrontière³ a par la suite modifié les termes de l'article 9 de la convention ; la nouvelle version est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002. Ces deux textes n'obligent pas les parties à introduire un droit aux brefs reportages d'actualité, mais simplement à étudier la nécessité d'un tel droit dans le cadre de la protection du droit à l'information du grand public.

1) ETS 132. Promulguée en Autriche dans le Journal officiel de la République fédérale d'Autriche (*Bundesgesetzblatt - BGBl*) III 1998/164.

2) Selon l'article 27, alinéa 1, de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, pour les États membres de l'UE et de l'EEE, le droit communautaire prévaut sur la convention.

3) ETS 171. Publié en Autriche dans le BGBl III 2002/64.

Dans l'Union européenne, le droit aux brefs reportages d'actualité a été institué avec la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV)⁴, qui doit être transposée dans les législations nationales au plus tard le 19 décembre 2009. Contrairement aux dispositions de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, l'article 3 *duodecies*, alinéa 3 de la directive oblige les États à introduire un droit aux brefs reportages d'actualité, dès lors qu'ils n'instituent pas « un système équivalent permettant d'offrir, par d'autres moyens, l'accès dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires⁵ ». Les dispositions de la directive se différencient sur plusieurs points de détail de la Recommandation R (91) 5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, qui date de près de vingt ans, de sorte que les États membres, qui avaient modelé leur législation nationale sur cette recommandation, devront sans doute y apporter des aménagements.

II. La loi autrichienne sur les droits exclusifs de la télévision

L'Autriche a institué le droit aux brefs reportages d'actualité par la loi sur les droits exclusifs de retransmission télévisée (FERG), conjointement avec le libre accès aux événements d'importance majeure pour la société pour lesquels un télédiffuseur a acquis les droits de retransmission exclusive⁶. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} août 2001. En matière de droit aux brefs reportages d'actualité (article 5 de la FERG), elle s'inspire de la Recommandation R (91) 5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

Extrait de la loi sur les droits exclusifs de retransmission télévisée (FERG) :

« **Article 5 (1)** Un télédiffuseur ayant acquis les droits de retransmission télévisée exclusifs d'un événement d'intérêt général, ou qui dispose de fait de la possibilité exclusive de couvrir un tel événement, est tenu d'accorder à tout télédiffuseur agréé par l'une des parties à l'Accord sur l'Espace économique européen ou à la Convention européenne sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989 (BGBl. III n° 164/1998), à la demande dudit télédiffuseur et selon des conditions appropriées, le droit de diffuser de brefs reportages sur sa propre antenne. Un événement présente un caractère d'intérêt général lorsque l'on peut s'attendre à ce que cet événement, en raison de son importance, ait des retombées significatives dans les médias d'information diffusés en Autriche ou sur le territoire d'une autre partie citée dans les présentes dispositions.

(2) Le droit aux brefs reportages d'actualité recouvre l'autorisation d'enregistrer le signal du télédiffuseur soumis à l'obligation définie dans l'alinéa 1 et l'autorisation d'élaborer et de diffuser un bref reportage tel que défini dans l'alinéa 3.

(3) Le bref reportage d'actualité est limité à un reportage informatif *ad hoc* de courte durée. Sa durée admissible est déterminée en fonction du temps nécessaire pour transmettre le contenu factuel et informatif de l'événement, et ne doit pas, sauf accord contraire, excéder 90 secondes. Si l'événement se déroule sur plus d'une journée, le droit aux brefs reportages d'actualité comprend la diffusion d'un bref reportage quotidien. Le court reportage d'actualité ne doit en aucun cas être diffusé avant le début de la retransmission assurée par le télédiffuseur soumis à l'obligation définie dans l'alinéa 1.

(4) Un télédiffuseur sollicitant l'octroi d'un droit tel que défini dans l'alinéa 1 peut saisir la Chambre fédérale des communications pour faire valoir ce droit. Celle-ci doit concourir dans les meilleurs délais à amener les télédiffuseurs à conclure un arrangement amiable. Si un tel accord s'avère impossible, la Chambre fédérale des communications doit indiquer si un droit à diffuser de brefs reportages d'actualité peut être accordé au télédiffuseur qui en a fait la demande et, le cas échéant, à quelles conditions.

(5) Si, en raison de l'actualité particulière de l'événement, il est impossible de clore à temps une procédure au sens de l'alinéa 4, la Chambre fédérale des communications peut, à la demande de l'un des télédiffuseurs intéressés, indiquer s'il y aurait eu lieu d'octroyer un droit à diffuser de brefs reportages d'actualité et, le cas échéant, à quelles conditions. S'il s'avère qu'un tel droit aurait dû être accordé, le télédiffuseur qui aurait dû l'octroyer peut, par application analogique de l'article 3, alinéas 5 à 7, introduire une demande de compensation financière. »

4) Article 3 *duodecies* de la Directive 2007/65/CE modifiant la Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 332 du 18 décembre 2007, p. 27.

5) Article 3 *duodecies*, alinéa 4 de la Directive SMAV.

6) La FERG a permis de transposer l'article 3 *bis* de la Directive Télévision sans frontières (BGBl I 2001/85). Directive 89/552/CEE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO L 298 du 17 octobre 1989, p. 23, dans la version de la Directive 97/36/CE, JO L 202 du 30 juillet 1997, p. 60.

En matière de droit aux brefs reportages d'actualité, l'autorité de tutelle, pour les télédiffuseurs, est la Chambre fédérale des communications, organe administratif autonome composé de trois juges et de deux juristes expérimentés et spécialistes du sujet⁷.

III. La situation initiale en Autriche : l'exemple du football

Jusqu'en 2001, la loi interdisait en Autriche la création de chaînes de télévision privées terrestres. Le premier télédiffuseur privé terrestre à avoir émis avec une couverture nationale a été dans les faits ATVplus⁸. La diffusion de sa chaîne ATV a commencé en juin 2003.

L'Österreichische Fußball-Bundesliga (ligue fédérale autrichienne de football) est l'association chargée d'organiser le championnat de première et deuxième divisions entre les clubs de football autrichiens (ces derniers étant membres de la Fußball-Bundesliga) ainsi que de quelques autres compétitions de football. Elle centralise la cession des droits télévisés exclusifs des clubs. Avant la création d'ATV, elle n'avait pas d'autre choix que de vendre les droits de retransmission au radiodiffuseur de service public ORF (Österreichischer Rundfunk).

Le football est le sport le plus populaire en Autriche. Le championnat de première division (Bundesliga) est la compétition qui attire le plus l'attention, le championnat de deuxième division et les « coupes » étant traditionnellement moins suivies. Depuis de nombreuses années, le championnat de football autrichien est disputé entre dix clubs. Quatre des cinq matchs de chaque « journée » se jouent le samedi en fin d'après-midi, tandis qu'un match « au sommet » se joue le dimanche après-midi. Plusieurs « journées » sont également disputées le mercredi.

IV. Contexte du contentieux opposant ORF à Premiere/ATV

En 2004, l'Österreichische Fußball-Bundesliga projetait de céder en exclusivité les droits de retransmission pour les saisons 2004/2005 à 2006/2007 à un seul télédiffuseur. Après de longues négociations, c'est la chaîne allemande Premiere Fernsehen GmbH & Co KG (« Premiere Allemagne ») qui a été retenue.

Ce télédiffuseur allemand a à son tour cédé sous licence les droits de diffusion à sa filiale autrichienne Premiere Fernsehen GmbH (« Premiere Autriche »). Premiere Autriche proposait des émissions très complètes sur les matchs de la Bundesliga autrichienne via sa chaîne payante Premiere Austria, diffusée sur les réseaux câblés. Les reportages commençaient le samedi soir juste après le coup de sifflet final, c'est-à-dire à un horaire très favorable.

Premiere Allemagne a également cédé les droits de diffusion sous licence à ATV, mais à des conditions moins avantageuses qu'à sa filiale. ATV n'avait ainsi pas le droit de retransmettre les matchs en entier, mais seulement de longs extraits de ceux-ci ; l'émission ne pouvait en outre commencer qu'après 22 heures, c'est-à-dire après l'annonce des résultats à la radio.

ORF a sollicité Premiere Allemagne, Premiere Autriche et ATV pour savoir selon quelles modalités celles-ci étaient disposées à lui octroyer le droit de diffuser de brefs reportages d'actualité, conformément à l'article 5 de la FERG. Dans un premier temps, les trois télédiffuseurs ont refusé. ORF a donc saisi la Chambre fédérale des communications afin de faire valoir son droit à accéder au signal⁹. Le droit de réaliser de brefs reportages d'actualité devait concerner tous les matchs de la T-Mobile Fußball-Bundesliga¹⁰, de la Red Zac Erste Liga¹¹, de la Stiegl-Cup¹², de la Hallen-Cup, de la Supercup¹³ et de la Coupe Intertoto.

7) Article 12 de la *KommAustria-Gesetz* (loi autrichienne sur l'autorité dans le domaine des communications).

8) Aujourd'hui ATV Privat TV GmbH & Co KG.

9) Ceci est prévu par l'article 5, alinéa 4 et l'article 6 de la FERG en lien avec l'article 11 de la *KommAustria-Gesetz*.

10) En 2009, la 1re division s'appelle « tipp3-Bundesliga powered by T-Mobile » (NdT : « tipp3 » est une société de paris).

11) C'est ainsi que s'appelait le championnat de 2^e division autrichien au moment de la signature des contrats de cession de droits.

12) C'est ainsi que s'appelait alors la coupe nationale autrichienne, qui rassemblait les clubs de Bundesliga, de Red Zac Erste Liga, de 3e division (*Regionalliga*) et de 4^e division (*Landesliga*).

13) Il s'agit d'une rencontre entre le vainqueur de la Bundesliga et celui de la Stiegl-Cup, ou à défaut son dauphin si le vainqueur de la Bundesliga a également remporté la Stiegl-Cup.

Les pourparlers ont échoué malgré l'implication de la BKS. Dès 2004, cette dernière a toutefois accordé sur le principe à ORF le droit de diffuser de brefs reportages d'actualité¹⁴. Seule la chaîne Première Austria était cependant soumise à cette obligation. Les trois télédiffuseurs ont introduit devant la cour administrative (*Verwaltungsgerichtshof* - VwGH) un recours contre les avis rendus par la BKS.

V. Décisions de la Chambre fédérale des communications et des juridictions suprêmes

1. Événement d'intérêt général

La BKS a d'abord dû déterminer si les matchs pour lesquels ORF sollicitait le droit de diffuser de brefs reportages d'actualité constituaient des « événements d'intérêt général ». Ces événements peuvent être de nature sportive, culturelle, sociale ou politique. Selon la définition qui en est donnée à l'article 1, alinéa 1, dernière phrase de la FERG, un événement est jugé d'intérêt général lorsque l'on peut s'attendre à ce qu'il ait, en raison de son importance, des retombées significatives dans les médias d'information diffusés en Autriche ou sur le territoire d'une autre partie à la Convention européenne sur la télévision transfrontière citée dans la loi.

La Chambre fédérale des communications a reçu la demande d'ORF et lui a reconnu le droit de diffuser de brefs reportages d'actualité sur tous les matchs de la T-Mobile Bundesliga, de la Supercup, de la Hallen-Cup, de la Stiegl-Cup (à partir du troisième tour) et de la Coupe UEFA Intertoto¹⁵. Sa requête concernant la Red-Zac Erste Liga et les deux premiers tours de la Stiegl-Cup a été rejetée.

La Chambre fédérale des communications a justifié sa décision comme suit : le facteur déterminant, pour définir le caractère d'intérêt général de l'événement, est l'importance de l'attention médiatique que l'on peut s'attendre à le voir susciter, tant de la part des médias électroniques que de la presse. Il ne suffit pas, pour considérer que les retombées sont « importantes » au sens de la FERG, que les résultats d'une manifestation sportive à caractère compétitif ainsi que les noms des sportifs qui y ont participé soient cités. Il est nécessaire que l'événement donne lieu à la publication d'une quantité importante de reportages et d'articles de presse. Autres indices pour qualifier les retombées médiatiques d'« importantes » : des titres écrits en gros caractères, des reportages illustrés ainsi que des références à la une des journaux. Ces reportages doivent être diffusés dans plusieurs des neuf Länder autrichiens ; un reportage régional, paraissant dans un seul Land, ne suffit pas. Par ailleurs, il n'est pas gênant qu'une partie de la population n'accorde que peu ou pas d'intérêt au football.

Concernant la Supercup, les parties à la procédure sont convenues qu'il s'agissait d'un événement d'intérêt général. De même, la Hallen-Cup, en raison de la participation d'un grand nombre de clubs de Bundesliga et des nombreux reportages télévisés annoncés, a été considérée comme un événement d'intérêt général. Les deux premiers tours de la Stiegl-Cup, en revanche, n'ont pas ce caractère d'intérêt général, car les clubs de la T-Mobile Bundesliga ne s'y affrontent pas, mais rencontrent des clubs de divisions inférieures. En règle générale, la couverture par la presse se limite à annoncer les résultats et à citer les auteurs des buts. Ce n'est qu'à partir du troisième tour que les clubs de la Bundesliga s'affrontent individuellement ; pour les deux premiers tours, le caractère « d'intérêt général » de l'événement est donc contestable. Pour les matchs intervenant à partir du troisième tour, en revanche, « l'intérêt général » de l'événement doit être reconnu, car il s'agit souvent de rencontres opposant au moins des clubs de première et de deuxième divisions. Concernant la Coupe UEFA Intertoto, la justification de la BKS reposait sur le même argument : les clubs de la T-Mobile Bundesliga y participant, les matchs de cette compétition sont d'intérêt général.

La Cour administrative a rejeté les recours alléguant que la BKS aurait reconnu à tort un caractère d'intérêt général pour la Hallen-Cup, la Stiegl-Cup à partir du troisième tour et la Coupe UEFA Intertoto. Elle a jugé que l'attente d'une couverture médiatique importante des matchs en raison de la participation de clubs de divisions supérieures ne pouvait faire l'objet d'une objection d'irrecevabilité¹⁶.

14) BKS, 9 septembre 2004, 611.003/0023-BKS/2004 et BKS 11 novembre 2004, 611.003/0035-BKS/2004.

15) Concernant la Bundesliga, la décision a été exprimée dans l'avis GZ 611.003/0023-BKS/2004 du 9 septembre 2004 et concernant les autres championnats, dans l'avis GZ 611.003/0035-BKS/2004 du 11 novembre 2004.

16) VwGH (Cour administrative), 27 janvier 2006, 2004/04/0234.

Aux termes de l'article 3 *duodecies*, alinéa 1, de la Directive SMAV, le droit aux brefs reportages doit être octroyé pour les « événements d'un grand intérêt pour le public ». Il n'est pas précisé s'il y aurait lieu de fixer, pour définir cet « intérêt pour le public » un autre seuil (plus élevé) que celui que prévoyaient les dispositions antérieures. L'exposé des motifs n'indique rien quant à l'interprétation de ce terme.

2. L'événement

Aux termes de l'article 5, alinéa 3 de la FERG, le droit aux brefs reportages d'actualité recouvre le droit de réaliser un reportage d'une durée de 90 secondes par jour au maximum. ORF avait sollicité le droit de diffuser un bref reportage d'actualité pour chacun des matchs de la T-Mobile Bundesliga ; ce droit lui ayant été reconnu, le télédiffuseur avait donc le droit de réaliser, pour chacun des quatre matchs du samedi et pour chacun des cinq matchs du mercredi, un reportage pouvant atteindre 90 secondes. Les parties adverses ont proposé que chaque journée du championnat soit considérée comme un seul événement ; dès lors, ORF n'aurait pu diffuser que 90 secondes de reportage sur l'ensemble des matchs d'un même samedi – de même pour l'ensemble des matchs d'un même mercredi.

La Chambre fédérale des communications s'est d'abord ralliée à l'exposé des parties adverses et a jugé que la durée des reportages ne pouvait excéder 90 secondes par journée de compétition. Elle a motivé sa décision comme suit : pour les événements se déroulant sur plusieurs jours, chaque journée ne peut faire l'objet que de 90 secondes de reportage. Ce type d'événements courant sur plusieurs jours recouvre également les compétitions cyclistes, pour lesquelles un droit de bref reportage est accordé pour chaque journée d'étape. De façon analogue, une journée de championnat dans le cadre de la Bundesliga autrichienne représente un événement en soi. Le fait que les différents matchs de football se déroulent dans des lieux géographiquement distincts n'y change rien, car le départ et l'arrivée des étapes quotidiennes des courses cyclistes sont souvent distants de plus de 100 kilomètres. L'élément décisif est bien plus que les matchs sont liés du point de vue de leur organisation et se déroulent sous l'égide de l'Österreichische Fußball-Bundeliga, qu'ils partagent un calendrier commun et que la synthèse des résultats figure dans un même tableau¹⁷.

La Cour administrative (VwGH) n'a pas partagé ce point de vue. Elle a souligné qu'il est généralement admis qu'un événement est un tout unitaire. Selon elle, pour savoir s'il y a lieu de considérer les journées de championnat comme un seul événement ou comme un événement global constitué de plusieurs événements distincts, il faut tenir compte du caractère « d'intérêt général » de l'événement. Dans la présente affaire, ce caractère est incontestable pour chacun des matchs de la T-Mobile Bundesliga¹⁸. En matière de droit aux brefs reportages d'actualité, il est donc contraire à la loi de prendre en compte les journées de championnat et non les matchs individuels.

3. Droit aux brefs reportages d'actualité et compensation

Dans la procédure engagée devant la Chambre fédérale des communications, la question des compensations devant revenir aux parties adverses a pris une importance considérable. Le droit autrichien ne prévoit pas expressément le versement d'une compensation, mais exige seulement que les détenteurs des droits exclusifs accordent ce droit « selon des conditions appropriées » (article 5, alinéa 1 de la FERG). Selon les interprétations de la loi, aucune compensation n'est due au sens d'une participation aux coûts des droits exclusifs ; les moyens techniques et humains engagés doivent cependant être pris en compte.

ORF a accepté de verser 600 EUR par minute de bref reportage ; Première Autriche a demandé 2 000 EUR. Un témoin entendu a déclaré que la norme en matière de brefs reportages d'actualité dans les autres championnats européens de football se situait entre 1 000 et 9 000 EUR par minute entamée, quelle que soit la taille du pays pour lequel les droits ont été acquis. Selon lui, ce tarif pouvant atteindre 9 000 EUR comportait également une indemnisation pour les coûts d'acquisition des droits exclusifs. Un autre témoin a rapporté que la fabrication du signal revenait à 300 EUR par minute pour le télédiffuseur soumis à l'obligation d'octroyer un droit aux brefs reportages. Pour finir, la Chambre fédérale des communications a tenu compte du fait que Première Allemagne déboursait en moyenne 14 millions d'EUR par saison pour les droits exclusifs, entre autres, de la Bundesliga autrichienne.

17) BKS, 9 septembre 2004, 611.003/0023-BKS/2004.

18) VwGH, 20 décembre 2005, 2004/04/199. Dans le même sens, voir Stefan Korn, *Ausgewählte Fragen des gesetzlichen Kurzberichterstattungsrechts*, dans : *Medien und Recht* 2006, 39 (41).

La BKS a imposé à ORF de verser, au titre de compensation pour le droit aux courts reportages d'actualité, « un montant de 1 000 EUR par minute, avec un décompte à la seconde près, dans les deux semaines suivant la présentation de la facture », cette indemnisation s'appliquant à tous les matchs pour lesquels le droit au bref reportage a été attribué¹⁹. La motivation de la décision s'est limitée à la prise en compte de l'ensemble des preuves susmentionnées, sans dévoiler la façon dont celles-ci ont permis d'aboutir à un montant de 1 000 EUR.

La Chambre fédérale des communications a elle-même fait le calcul : « en cas de reprise d'environ deux journées de matchs par phase de la compétition, et en épuisant la limite de 90 secondes par jour fixée par la loi, une indemnisation de 108 000 EUR par saison » doit être versée. Par comparaison avec la somme acquittée par Premiere Deutschland pour les droits exclusifs des matchs de football objet de ce droit aux brefs reportages d'actualité (en moyenne 14 millions d'EUR par saison), ce montant semble modique.

La VwGH a rejeté la plainte d'ORF, qui estimait que la Chambre fédérale des communications n'aurait pas dû tenir compte du coût d'acquisition des droits exclusifs, en rappelant qu'il y avait lieu à cet égard de garder le sens des proportions. Selon la VwGH, une interprétation conforme à la constitution impose, « pour fixer un dédommagement adapté reflétant la valeur des brefs reportages, de prévoir également une compensation pour l'acquisition des droits exclusifs – mais seulement dans la mesure où une telle compensation ne contrecarre pas le droit aux brefs reportages d'actualité. Dans cette optique, la prise en compte par l'autorité défenderesse des coûts d'acquisition des droits exclusifs ne peut faire l'objet d'une objection d'irrecevabilité²⁰. »

Dans une décision ultérieure portant sur la même affaire, la Cour constitutionnelle n'a pas été amenée à réfuter le point de vue de la Cour administrative pour des raisons de droit constitutionnel. Elle a jugé en revanche qu'une indemnisation de Premiere Autriche pour ses droits d'exploitation serait disproportionnée et irait qui plus est à l'encontre du principe de l'égalité de traitement²¹.

La Directive SMAV laisse la liberté aux États membres de prévoir ou non un remboursement de ces coûts. Si tel est le cas, la somme à rembourser ne doit pas excéder les coûts directement imputables à l'octroi de l'accès au signal²². Une répercussion, même partielle, des coûts de production est irrecevable. La VwGH ayant déduit de la constitution autrichienne qu'il y avait lieu de prendre en compte jusqu'aux coûts d'acquisition des droits exclusifs, la FERG devra être adaptée à la directive sur le chapitre du droit au versement d'une compensation²³.

4. Droit exclusif d'un radiodiffuseur autrichien

La requête d'ORF portant sur l'accès au signal visait Premiere Allemagne, Premiere Autriche et ATV Privatfernseh-GmbH.

La BKS a rejeté la requête visant Premiere Allemagne, les lois autrichiennes portant sur la radiodiffusion n'étant pas applicables à ce télédiffuseur²⁴.

La requête concernant ATV a également été rejetée par la Chambre fédérale des communications. ATV était certes soumis à la loi autrichienne sur les télévisions privées et à la FERG, mais ne disposait pas de droits de retransmission exclusifs.

19) BKS, 9 septembre 2004, 611.003/0023-BKS/2004 et BKS 11 novembre 2004, 611.003/0035-BKS/2004.

20) VwGH, 2004/04/199. Dans le même sens, voir Stefan Korn, *Ausgewählte Fragen des gesetzlichen Kurzberichterstattungsrechts*, dans : *Medien und Recht* 2006, 39 (43 ff).

21) VfGH, 1^{er} décembre 2006, B 551/06 = VfSlg 18.018/2006.

22) Article 3 *duodecies*, alinéa 6, dernière phrase, Directive SMAV.

23) Cet avis est également partagé par les auteurs de l'ouvrage de Kogler/Traimer/Truppe, *Österreichische Rundfunkgesetz* 2 (2008) 569, tous en poste à la division des médias du département des affaires constitutionnelles de la Chancellerie fédérale. La législation autrichienne devant être conforme tant à la Directive SMAV qu'à la Constitution autrichienne, la transposition en droit autrichien de la dernière phrase de l'article 3 *duodecies*, alinéa 6 de la Directive SMAV devra sans doute faire l'objet d'une disposition constitutionnelle. Reste à savoir si la Cour de justice des Communautés européennes aura l'occasion de s'exprimer sur la question de la conformité de l'article 3 *duodecies*, alinéa 6, dernière phrase, de la Directive SMAV aux droits fondamentaux relevant du droit primaire.

24) En faisant référence à l'article 2 de la Directive 97/36/CE, à l'article 3 de la loi sur les télévisions privées et à l'article 1, alinéa 1 de la FERG, en liaison avec l'article 5, alinéa 1 de cette même loi.

La Chambre fédérale des communications a en revanche reçu la requête contre Premiere Austria. La société disposait d'une licence de télévision pour la diffusion par satellite en Autriche. En outre, c'est Premiere Autriche qui prenait les décisions déterminantes concernant le contenu des émissions sur la T-Mobile Bundesliga et qui diffusait ces émissions. Enfin, seul un télédiffuseur qui a acquis les droits de retransmission exclusive d'un événement, ou qui dispose *de facto* de la possibilité exclusive de couvrir cet événement, est tenu d'octroyer un droit aux brefs reportages d'actualité. Dans l'affaire concernée, la Chambre fédérale des communications a répondu favorablement à la requête concernant Premiere Autriche, car les droits de retransmission exclusive acquis par Premiere Allemagne pour l'Autriche étaient cédés sous licence à la société autrichienne d'une façon qui « permettait *de facto* à Premiere Autriche de disposer des droits de retransmission exclusive pour l'Autriche et, par là même, de retransmettre les matchs en première diffusion aux téléspectateurs autrichiens. Le fait qu'il existe par ailleurs un accord de sous-licence entre Premiere Allemagne et ATV prévoyant la cession de droits de retransmission particuliers, ne change rien au caractère exclusif des droits. » Selon la BKS on ne peut pas en effet estimer que la loi ferme la possibilité d'une action en justice dès lors que certains droits sont cédés à un télédiffuseur subséquent autre que celui qui revendique le droit aux courts reportages d'actualité : le télédiffuseur se voyant attribuer les droits exclusifs dans le cadre d'une telle transaction aurait alors qualité pour défendre en justice. « Sans quoi l'exigence de pouvoir diffuser de brefs reportages d'actualité se réduirait souvent à une requête toute théorique. » Le bénéficiaire d'une sous-licence peut donc lui aussi être soumis à l'obligation d'accorder un droit aux brefs reportages d'actualité.

La VwGH a confirmé cette opinion²⁵.

VI. Transposition en Autriche de la Directive Services de médias audiovisuels

A la date de rédaction du présent article, aucun projet de loi portant transposition de la Directive Services de médias audiovisuels en Autriche n'avait été présenté. La loi fédérale qui a permis de modifier la loi sur les télévisions privées et la loi sur les radios privées²⁶ prévoit dans un premier temps des mesures de déréglementation uniquement centrées sur les interruptions d'émissions pour la diffusion de publicité, les fenêtres de téléachat²⁷, les chaînes consacrées exclusivement au téléachat et à la publicité, ainsi que les chaînes de télévision consacrées exclusivement à l'autopromotion²⁸.

25) 25 VwGH, 2004/04/199.

26) BGBl, I 2009/7.

27) Cf. l'article 18 *bis* de la Directive SMAV.

28) Cf. l'article 19 de la Directive SMAV.

Promouvoir les œuvres européennes dans les services à la demande

Incitations à l'action de la part des législateurs, des régulateurs et de l'industrie

*Pascal Kamina¹
Université de Poitiers*

I. Introduction

En ce qui concerne la promotion des œuvres européennes dans les services non linéaires, l'article 3 *decies* de la Directive Services de médias audiovisuels (SMAV) peut être considéré comme un compromis entre deux politiques opposées : étendre l'application des articles 4 et 5 de la Directive Télévision sans frontières (TSF) aux services non linéaires ou ne soumettre ces services à aucune obligation de promotion. Avant de traiter en détail les dispositions de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV, il peut s'avérer utile de revenir au dispositif précédemment établi pour la radiodiffusion télévisuelle (et conservé pour les services linéaires) et à sa mise en œuvre par les États membres.

1. Promotion des œuvres européennes en vertu de la Directive TSF (articles 4 et 5 de la Directive TSF)

Selon les articles 4 et 5 de la Directive TSF, qui ne sont pas affectés par la Directive SMAV, les États membres doivent s'assurer que les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence consacrent la majorité de leur temps d'antenne aux œuvres européennes, et au moins 10 % de leur temps d'antenne ou budget de programmation à des productions indépendantes européennes. Cette disposition est qualifiée par la célèbre expression « chaque fois que cela est réalisable ».

Malgré le scepticisme initial quant à l'impact et à l'efficacité de ce dispositif, à ce jour, la plupart des États membres font usage de la liberté qui leur est accordée par l'article 3 de la Directive SMAV et soumettent les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence à des mesures plus strictes. Il s'agit généralement d'exiger qu'un pourcentage plus élevé d'œuvres européennes ou de productions indépendantes soit diffusé, condition imposée soit à l'ensemble des organismes de radiodiffusion télévisuelle soit uniquement au service public de radiodiffusion². D'autres exigences incluent des quotas de diffusion de programmes produits dans la ou les langues nationales³, des obligations d'investissement dans les programmes européens ou indépendants ou des contributions aux fonds cinématographiques. Il convient de noter que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a estimé, dans son arrêt de mars 2009 rendu dans l'affaire UTECA⁴, que de telles exigences peuvent ne pas être couvertes par la Directive TSF et, en conséquence, ne constituent pas une règle plus stricte au sens de l'article 3 de la Directive SMAV.

1) Cet article est basé sur un exposé oral présenté lors de l'atelier. Il a été rédigé par l'auteur en anglais, cet article en est la traduction.

2) Par exemple, la législation française impose aux organismes de radiodiffusion télévisuelle de consacrer au moins 60 % de leur temps d'antenne aux œuvres européennes. D'autres États membres, tels que la Finlande, la Hongrie, l'Italie, les Pays-Bas, l'Espagne et le Royaume-Uni, appliquent des pourcentages plus élevés à la totalité ou à certains des organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de leur compétence.

3) C'est le cas aux Pays-Bas, au Portugal, en Lettonie, en France, en Hongrie, en Pologne et en Grèce.

4) Affaire C-222/07, *UTECA c. Administración General del Estado*.

En règle générale, les organismes de radiodiffusion télévisuelle contrôlent le respect de ces obligations. Ils présentent des rapports à l'instance chargée de la radiodiffusion dont ils dépendent, en précisant la part représentée par les œuvres de producteurs européens et indépendants dans leur temps d'antenne (« déclaration »). Toutefois, un nombre significatif d'instances réglementaires de radiodiffusion contrôlent directement les diffusions et peuvent vérifier les déclarations des organismes de radiodiffusion télévisuelle⁵.

2. Justification / objectifs de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV

Pendant les négociations au sujet de la Directive SMAV, l'idée d'introduire des obligations pour promouvoir les œuvres européennes sur les services audiovisuels non linéaires a été largement soutenue par la France, la Belgique et la Roumanie et très bien accueillie par les représentants des producteurs de films. En 2005, la CJCE avait déjà établi un précédent intéressant pour l'extension d'un dispositif promotionnel au-delà des services de télévision « classiques » en déclarant, dans l'affaire *Mediakabel*⁶, que les articles 4 et 5 de la Directive TSF s'appliquent aux services de quasi vidéo à la demande.

La Directive SMAV justifie clairement une telle obligation par son objectif de promotion de la diversité culturelle dans le secteur audiovisuel européen. La directive elle-même contient de nombreuses références à cet objectif, notamment dans ses considérants 1, 4, 5, 8 et 48⁷. La Directive SMAV mentionne également la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles du 20 octobre 2005⁸. L'accent ainsi mis sur la diversité culturelle n'explique toutefois pas le raisonnement plus économique, et moins « universel », de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV, qui vise clairement à protéger l'industrie cinématographique européenne. Cet objectif industriel est soutenu par le fait que les services à la demande sont en train de devenir les principaux utilisateurs des œuvres cinématographiques et audiovisuelles, et finiront par remplacer la vidéo, voire les cinémas, en ce qui concerne les recettes des films⁹. Il semble en conséquence assez logique que des obligations promotionnelles similaires à celles imposées aux organismes de radiodiffusion télévisuelle et, dans certains pays, aux exploitants de cinémas ou éditeurs vidéo, soient imposées à leurs successeurs.

3. Situation des services non linéaires existants

Un autre argument en faveur de l'introduction d'obligations promotionnelles pour les services non linéaires peut être déduit de la façon dont les opérateurs de services de VOD actuels distribuent les œuvres européennes sur leurs plateformes. Il n'est pas surprenant que les conclusions de récentes études sur le marché de la distribution de VOD¹⁰ révèlent que, sur la plupart des services disponibles au sein de l'UE, les contenus américains sont généralement privilégiés, à la fois en termes de partage

5) C'est le cas en Belgique, en Bulgarie, à Chypre, en République tchèque, en Estonie, en France, en Irlande, en Italie, aux Pays-Bas, en Espagne, en Pologne et au Portugal.

6) CJCE, 2 juin 2005, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media*, affaire C-89/04.

7) Le considérant 48 fait plus particulièrement référence à cet objectif eu égard aux services de médias audiovisuels à la demande dans les termes suivants : « Les services de médias audiovisuels à la demande pourraient remplacer en partie la radiodiffusion télévisuelle. En conséquence, ils devraient favoriser, autant que possible, la production et la diffusion d'œuvres européennes et promouvoir ainsi activement la diversité culturelle. Ce soutien aux œuvres européennes pourrait par exemple prendre la forme de contributions financières de ces services à la production d'œuvres européennes et à l'acquisition de droits sur ces œuvres, du respect d'un pourcentage minimal d'œuvres européennes dans les catalogues de vidéos à la demande, ou de la présentation attrayante des œuvres européennes dans les guides électroniques des programmes. Il est important de réexaminer périodiquement l'application des dispositions relatives à la promotion des œuvres européennes par les services de médias audiovisuels. Dans le cadre des rapports réalisés en application de la présente directive, les États membres devraient également prendre en compte, notamment, la contribution financière de ces services à la production d'œuvres européennes et à l'acquisition de droits sur ces œuvres, la part des œuvres européennes dans les catalogues des services de médias audiovisuels, et la consommation réelle des œuvres européennes proposées par ces services ».

8) Le 18 décembre 2006, la Communauté européenne et 12 États membres de l'Union européenne ont ratifié la Convention, rendant possible son entrée en vigueur le 18 mars 2007. Le texte de la convention est disponible sur : <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919e.pdf>

9) Préoccupation partiellement exprimée dans le considérant 48 de la Directive SMAV (« Les services de médias audiovisuels à la demande pourraient remplacer en partie la radiodiffusion télévisuelle »).

10) Voir en particulier le rapport « *Study on the application of measures concerning the promotion of distribution and production of European works in audiovisual media services, including television programmes and non-linear services* », par Attentional Ltd., octobre 2008, qui présente une analyse intéressante et complète ainsi qu'une description de la structure actuelle du marché et des recettes des services non linéaires au sein de l'Union européenne. Rapport final préliminaire disponible (en anglais) sur : http://ec.europa.eu/avpolicy/info_centre/library/studies/index_en.htm

d'écran et de rang d'apparition, et que les opérateurs exclusifs de services de VOD proposent à leur public nettement moins de titres européens que les services de VOD gérés par les organismes de radio-diffusion télévisuelle. Cela semble justifier la préoccupation exprimée quant à la mise en valeur des œuvres européennes sur ces plateformes, et souligne l'intérêt de l'adoption d'un cadre juridique minimal et flexible pour la promotion de ces œuvres.

II. Analyse de la portée de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV

Ce cadre juridique a été créé par l'article 3 *decies* de la Directive SMAV qui, à première lecture, semble être une version «édulcorée» de l'article 4 de la Directive TSF :

« Article 3 *decies* de la Directive SMAV

1. Les États membres veillent à ce que les services de médias audiovisuels à la demande fournis par des fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence promeuvent, lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés, la production d'œuvres européennes ainsi que l'accès à ces dernières. Cette promotion pourrait notamment se traduire par la contribution financière apportée par ces services à la production d'œuvres européennes et à l'acquisition de droits pour ces œuvres, ou la part et/ou la place importante réservée aux œuvres européennes dans le catalogue de programmes proposés par le service de médias audiovisuels à la demande.
2. Les États membres présentent à la Commission, au plus tard le 19 décembre 2011, puis tous les quatre ans, un rapport sur la mise en œuvre du paragraphe 1.
3. Sur la base des informations communiquées par les États membres et d'une étude indépendante, la Commission soumet au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application du paragraphe 1, en tenant compte des évolutions commerciales et technologiques, et de l'objectif de diversité culturelle. »

1. « Services de médias audiovisuels à la demande fournis par des fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence »

L'article 3 *decies* de la Directive SMAV cible les services de médias audiovisuels fournis par des fournisseurs de services de médias. Nous savons que la définition d'un fournisseur de services de médias exclut les fournisseurs de services qui ne disposent pas du contrôle éditorial du contenu audiovisuel qu'ils distribuent¹¹. En conséquence, la portée de la réglementation mettant en œuvre l'article 3 *decies* de la Directive SMAV dépend de la définition donnée au « contrôle éditorial ». Certains fournisseurs de services, par exemple ceux proposant des services de partage de vidéo, peuvent être tentés de configurer leurs services de sorte que le contenu accessible sur leur plateforme ne soit pas couvert par la définition du contrôle éditorial. On peut se demander s'il s'agit d'un résultat souhaitable étant donné que le contenu éditorial n'a rien à voir avec le principe consistant à contribuer à et à promouvoir les films européens, ce dernier étant basé sur le concept « utilisateur / payeur » (c'est-à-dire, ceux dont le modèle économique repose sur l'exploitation des œuvres audiovisuelles doivent contribuer à et promouvoir l'industrie). Cela étant dit, rien ne semble empêcher un État membre d'étendre le dispositif adopté lors de la mise en œuvre de la Directive SMAV aux plateformes sans « contrôle éditorial » ni de leur imposer des obligations similaires¹².

2. « Lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés »

Évidemment, le degré de liberté laissé aux États membres dans la mise en œuvre du dispositif promotionnel est nettement plus important pour les services non linéaires que pour les services linéaires. Cela est dû non seulement à l'usage de l'expression « lorsque cela est réalisable » mais également au fait que, contrairement aux articles 4 et 5 de la Directive TSF, l'article 3 *decies* de la Directive SMAV n'est pas prescriptif. Il revient explicitement aux États membres de décider si et comment ils mettront en œuvre un dispositif promotionnel. Un État membre peut très bien estimer qu'un tel dispositif n'est pas réalisable dans les marchés émergents et dans un environnement technologique en pleine mutation.

11) Article 1 (a) et (c) de la Directive SMAV.

12) Sous réserve, toutefois, des difficiles problèmes de compétence, car la directive n'harmonise la question qu'en rapport avec les fournisseurs de services de médias audiovisuels.

Il serait toutefois exagéré de dire que l'expression « lorsque cela est réalisable » rend inefficace l'article 3 *decies* de la Directive SMAV. Cette disposition est susceptible d'avoir certains effets parce que, tout d'abord, l'article 3 *decies* paragraphe 1 de la Directive SMAV donne des exemples de « moyens appropriés » et, en conséquence, quelques conseils aux États membres quant à une possible mise en œuvre du dispositif. Deuxièmement, l'article 3 *decies*, paragraphes 2 et 3 de la Directive SMAV, impose aux États membres des obligations de présentation de rapport (en plus de celles déjà établies par les articles 4 et 5 de la Directive TSF) et prévoit des mécanismes d'évaluation par la Commission européenne. Ces obligations de rapport peuvent faire prendre conscience des mécanismes déjà mis en œuvre par les États membres et induire une plus large acceptation entraînant éventuellement une généralisation de l'approche adoptée par la majorité des États membres. Après tout, les dispositions des articles 4 et 5 de la Directive TSF étaient estimées inefficaces au moment de leur adoption, mais malgré cela elles ont été mises en œuvre par l'ensemble des États membres. Enfin, il est important de noter que, en ce qui concerne les services non linéaires, l'objectif promotionnel peut être respecté par des mesures autres que celles applicables aux services linéaires.

3. « Promeuvent la production d'œuvres européennes ainsi que l'accès à ces dernières »

L'article 3 *decies*, paragraphe 1 de la Directive SMAV ajoute immédiatement que « cette promotion pourrait notamment se traduire par la contribution financière apportée par ces services à la production d'œuvres européennes et à l'acquisition de droits pour ces œuvres, ou la part et/ou la place importante réservée aux œuvres européennes dans le catalogue de programmes proposés par le service de médias audiovisuels à la demande ».

La signification de la contribution financière n'a pas besoin d'être analysée en détail, car il s'agit d'une solution que plusieurs États membres appliquent déjà aux services linéaires. L'obligation de contribuer financièrement à la production de films européens semble un peu irréaliste dans le contexte actuel des services non linéaires, en raison de l'état réel du marché pour ces services. Toutefois, une contribution financière sous la forme d'une taxe ou d'un pourcentage des recettes consacré à l'acquisition de programmes européens a déjà été mise en œuvre ou envisagée dans certains États membres, que ce soit par des textes législatifs ou des accords de l'industrie. D'autres types de contributions financières non mentionnées dans cette disposition peuvent inclure des contributions aux fonds cinématographiques, aux campagnes publicitaires, etc.

Le concept de « place importante » (ou « mise en valeur »), plus spécifique, est adapté aux services à la demande. L'expression peut couvrir un large spectre de mesures et procédures, sur la base d'une évaluation quantitative ou qualitative de l'offre en œuvres européennes sur les services de médias audiovisuels. Il semble toutefois exister un consensus contre des mesures trop prescriptives à cet égard, et notamment contre des critères de « mise en valeur qualitative », qui seraient difficiles à contrôler et trop subjectifs à évaluer. De même, le contrôle des obligations de mise en valeur, qu'elles soient quantitatives ou qualitatives, pourrait être plus complexe que le contrôle des obligations quantitatives eu égard aux services linéaires. En conséquence, la plupart des commentateurs estiment que la corégulation ou l'autorégulation sont plus adaptées à l'application des engagements et instructions relatifs à la mise en valeur¹³.

4. Qualification applicable aux organismes de radiodiffusion télévisuelle

Le considérant 20 de la Directive SMAV comprend également une qualification importante pour le dispositif, en prévoyant que : « D'une manière générale, pour la radiodiffusion télévisuelle ou les programmes télévisés qui sont également proposés par le même fournisseur de services de médias sous forme de services de médias audiovisuels à la demande, les exigences de la présente directive devraient être réputées satisfaites lorsque les exigences applicables à la radiodiffusion télévisuelle, c'est-à-dire un service de médias audiovisuels linéaire, le sont ». Toutefois, de récentes études suggèrent que les services non linéaires actuels gérés par les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent une plus grande part de leur offre au contenu européen que les acteurs qui se consacrent exclusivement à la VOD¹⁴.

13) Idée exprimée dans le rapport susmentionné présenté par Attentional en octobre 2008 mais également par le régulateur français (CSA) dans son avis du 15 avril 2008 sur la mise en œuvre de la Directive SMAV.

14) Voir, par exemple, le rapport susmentionné d'octobre 2008.

III. Progression de la mise en œuvre

Les États membres doivent transposer la Directive SMAV avant le 19 décembre 2009. Au 1^{er} janvier 2009, aucun État membre n'avait mis en œuvre l'article 3 *decies* de la Directive SMAV. Toutefois, il existe plusieurs dispositions nationales concernant les services audiovisuels à la demande qui ont pour effet de promouvoir les œuvres européennes au sein des services non linéaires conformément à l'article 3 *decies* de la directive. De même, en Belgique et en France, des réglementations en cours d'adoption couvrent ces questions et peuvent donner une idée intéressante quant à la forme des futures réglementations qui seront adoptées dans ces pays et, peut-être, dans d'autres États membres.

1. Législation préexistante (œuvres cinématographiques et audiovisuelles)

Un exemple de la législation préexistante est donné par un texte législatif de 2003 de la communauté française de Belgique, qui soumet les services de télévision non linéaires aux mêmes obligations que les autres services de radiodiffusion télévisuelle. Cela s'applique également à la promotion des œuvres européennes. Un autre exemple est donné par la France, sous la forme d'une extension de la taxe vidéo imposée aux producteurs de VOD¹⁵ et d'accords de l'industrie.

Plus concrètement, l'accord de l'industrie du 20 décembre 2005 conclu entre les associations de producteurs de films, certains organismes de radiodiffusion télévisuelle et les opérateurs de services de cinéma à la demande peut servir d'exemple en ce qui concerne le type d'obligations que les fournisseurs de services de VOD peuvent assumer en vertu de tels accords de l'industrie, qui peuvent être mentionnés ou autrement étendus par le régulateur¹⁶. L'accord de 2005 prévoit, entre autres, une contribution annuelle au développement des œuvres cinématographiques européennes et des œuvres cinématographiques de langue française. Cette contribution représente entre 5 et 10 % du chiffre d'affaires du fournisseur de service attribués aux œuvres européennes, en fonction du chiffre d'affaires. Cet accord, initialement conclu pour une période de 12 mois, n'a pas été renouvelé et se trouve en cours de renégociation.

De plus, en France, de nouveaux accords de l'industrie conclus entre les organismes de radiodiffusion télévisuelle et les représentants des producteurs et auteurs de films ont été récemment signés, afin de déterminer la contribution financière des organismes de radiodiffusion télévisuelle à la production audiovisuelle et cinématographique. Il est intéressant de noter que ces accords, qui ne prévoient pas de quotas pour les services à la demande, incluent dans la base de calcul de la contribution des organismes de radiodiffusion télévisuelle leurs recettes découlant des services de VOD¹⁷.

2. Mise en œuvre de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV

En Belgique, le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion a été récemment modifié afin de mettre en œuvre les dispositions de la Directive SMAV. En ce qui concerne la promotion des œuvres dans les services non linéaires, le décret modifié ne prévoit qu'une obligation générale de mise en valeur. Les fournisseurs de services non linéaires sont obligés de publier la liste des œuvres européennes figurant dans leur catalogue avec une « présentation attrayante »¹⁸.

En France, la loi du 5 mars 2009, qui vise, notamment, à transposer la Directive SMAV, laisse aux décrets le soin de définir les obligations applicables à cet égard aux organismes de radiodiffusion télévisuelle terrestre, d'une part¹⁹, et aux acteurs exclusifs de la VOD, d'autre part²⁰. L'adoption des

15) Depuis 2004, les fournisseurs de services de vidéo à la demande sont soumis à une taxe de 2 %, calculée sur les frais payés par les clients, hors taxe. En Pologne, les prélèvements du fonds cinématographique institués par la loi du 30 juin 2005 s'appliquent également aux services à la demande, sous la forme d'un prélèvement de 1,5 % sur leurs recettes.

16) Protocole d'accord interprofessionnel sur le cinéma à la demande, du 20 décembre 2005. Cet accord couvre la distribution des films cinématographiques par *streaming* et téléchargement, via paiement à la carte ou abonnement.

17) Voir, p. ex., l'Accord pluriannuel relatif au financement et à la diffusion des productions audiovisuelles patrimoniales, conclu entre France Télévisions (organisme de radiodiffusion télévisuelle public) / SPFA – SPI – USPA (producteurs) SACD – SCAM (sociétés des auteurs de l'audiovisuel), du 22 octobre 2008.

18) L'article 47 *bis* du décret dispose : « La RTBF et les éditeurs de services doivent dans leurs services télévisuels non linéaires assurer une mise en valeur particulière des œuvres européennes comprises dans leur catalogue, en ce compris des œuvres originales d'auteurs relevant de la Communauté française, en mettant en évidence, par une présentation attrayante, la liste des œuvres européennes disponibles ».

19) Article 46, modifiant l'article 27 de la loi française relative à la radiodiffusion.

20) Article 55, modifiant l'article 33-2 de la loi française relative à la radiodiffusion.

décrets envisagés n'est pas attendue avant le printemps 2009. Toutefois, dans son avis du 15 avril 2008²¹, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), instance française de régulation, a déjà fait part de sa position concernant la mise en œuvre de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV. Dans ce document, le CSA se prononce clairement en faveur d'un cadre flexible et progressif et d'obligations minimales pour les services non linéaires. Plus précisément, il propose d'utiliser la liberté prévue par le considérant 20 de la Directive SMAV et d'éviter d'imposer d'autres obligations aux services de télévision à la demande gérés par des organismes de radiodiffusion télévisuelle. En ce qui concerne les opérateurs exclusifs de services de VOD (c'est-à-dire les services qui ne sont pas gérés par des organismes de radiodiffusion télévisuelle), le CSA souhaite que des obligations de mise en valeur soient imposées aux services qui ont atteint un certain niveau de chiffre d'affaires ou d'audience. Pour le CSA, ces obligations devraient être qualitatives et, par exemple, incluent l'exigence de présenter certains contenus sur la page d'accueil. Toutefois, en raison des difficultés associées à une approche réglementaire des normes qualitatives, le CSA suggère de trouver des solutions contractuelles suivant le modèle de l'accord sur la VOD de 2005 susmentionné. Des accords similaires pourraient être conclus entre les opérateurs exclusifs de services de VOD et les titulaires de droits.

Le CSA insiste également sur le fait que la réglementation devrait tenir particulièrement compte de la concurrence directe existant entre la VOD et les services télévisuels, en particulier avec les chaînes de cinéma *premium*, les services télévisuels étant actuellement fortement réglementés.

En outre, une exemption aux obligations promotionnelles pourrait également être prévue pour les services thématiques ciblant le cinéma étranger (p. ex. cinéma indien, mangas, etc.). Enfin, le CSA estime que les obligations d'acquisition ne devraient être imposées aux opérateurs de services en ligne que si cela est strictement nécessaire afin de préserver des conditions équitables pour les marchés en concurrence (en particulier en ce qui concerne les services de cinéma en concurrence) et uniquement au-delà de certains niveaux de revenus.

21) Voir le site Internet du CSA, <http://www.csa.fr>
Voir également l'avis du 15 octobre 2008 sur le projet de loi.

La mise en œuvre de la Directive Services de médias audiovisuels, entre règles du commerce international et diversité culturelle

Amedeo Arena
Università degli Studi di Napoli « Federico II »

I. L'instauration d'une clause « carte blanche » ?

L'article 3 *decies* de la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV) étend aux services de médias audiovisuels à la demande l'obligation de promouvoir les œuvres européennes – une obligation que l'article 4 de la Directive Télévision sans frontières (Directive TSF) n'imposait qu'aux radiodiffuseurs traditionnels. Il est cependant difficile de prédire comment les États membres transposeront concrètement l'article 3 *decies* de la Directive SMAV dans leur législation nationale, car cette disposition, à l'instar de l'article 4 de la Directive TSF, laisse aux États membres une marge de manœuvre importante quant à sa mise en œuvre.

L'objectif à atteindre n'est pas seulement nuancé par l'expression « lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés », déjà présente dans l'article 4 de la Directive TSF ; il est lui-même également formulé en des termes assez larges : les États membres sont appelés à veiller à ce que les services de médias audiovisuels à la demande fournis par des opérateurs relevant de leur compétence « promeuvent [...] la production d'œuvres européennes ainsi que l'accès à ces dernières ».

Il va de soi que le terme « promouvoir » est relativement ouvert et recouvre des activités de nature très diverse, du (co-)financement des productions au marketing et à la publicité¹. La directive mentionne quelques unes des formes que peut prendre cette promotion : une contribution financière des fournisseurs de services à la demande à la production d'œuvres européennes et à l'acquisition des droits relatifs à ces œuvres², la fixation d'un pourcentage minimal d'œuvres européennes dans les catalogues de vidéo à la demande, ou encore une mise en valeur attrayante des œuvres européennes dans les guides de programmes électroniques.

La liste citée dans l'article 3 *decies*, alinéa 1, de la Directive SMAV n'est pas exhaustive³ : les législateurs nationaux pourront donc opter pour l'un ou plusieurs de ces modes de promotion des œuvres européennes, voire mettre en place de nouveaux dispositifs. Leur liberté d'appréciation n'est toutefois pas infinie. Une analyse des présupposés qui sous-tendent l'article 3 *decies*, ainsi qu'un inventaire des contraintes juridiques – notamment de nature internationale – qui existent, peuvent sans doute contribuer à éclairer un potentiel scénario post-transposition.

1) Castendyk, O., *Commentary to Article 3i AVMSD*, dans : Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law* (2008), p. 906.

2) *Ibid.*, suggère qu'une solution simple, pour les États membres, consisterait à exiger des fournisseurs de services à la demande relevant de leur compétence qu'ils contribuent aux systèmes de soutien national au cinéma (les fournisseurs de services linéaires étant déjà soumis à cette obligation dans plusieurs États membres).

3) On peut considérer que le mot « notamment » dans l'article 3 *decies*, alinéa 1, exclut l'interprétation de cette clause comme une liste finie.

II. Les objectifs poursuivis par l'article 3 *decies* de la Directive SMAV

Les travaux préparatoires de la directive révèlent la dualité de l'article 3 *decies*, dont la justification est à la fois culturelle et économique. Concernant l'aspect économique, une préoccupation essentielle ressort de l'analyse d'impact réalisée par la Commission et annexée à la proposition de Directive SMAV : la crainte de voir les opérateurs commerciaux traditionnels, les radiodiffuseurs de service public, les opérateurs de télévision à péage offrant de nouveaux services linéaires, ainsi que les fournisseurs de services de télévision IP pâtir de l'avantage compétitif conféré aux fournisseurs de services non linéaires, qui ne sont pas liés par ces obligations en termes de contenus exposées dans l'article 4 de la Directive SMAV et visant à promouvoir les œuvres européennes⁴.

Si, dans un premier temps, le développement des services non linéaires pourrait se trouver entravé par les obligations portant sur les contenus, la Commission estime que ce risque est minime « au vu de la nature de l'obligation (promouvoir par des moyens appropriés) » exposée dans la directive. Ceci suggère que le caractère vague de la formulation de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV et la latitude laissée de ce fait aux États membres sont le résultat d'un choix délibéré en faveur d'une approche non interventionniste, qui est elle-même le fruit du compromis établi par le législateur européen entre, d'une part, l'instauration d'une situation équitable entre fournisseurs de services linéaires et non linéaires et, d'autre part, le développement et la croissance du secteur des services non linéaires.

A cet égard, le document de la Commission va jusqu'à suggérer qu'une telle approche engendrera des « conditions de concurrence loyale », qui stimuleront à leur tour l'efficacité et la demande globale de produits et de services audiovisuels, mais aussi l'augmentation de l'offre de services non linéaires à l'échelle de l'UE⁵. Cette affirmation est toutefois peu convaincante : comment peut-on s'attendre à ce que les services à la demande prospèrent du fait des obligations qui leur sont imposées en termes de contenus, alors même que leurs concurrents en dehors de l'UE ne sont pas soumis à ces obligations⁶ ?

Ceci donne à penser que l'objectif principal poursuivi par l'article 3 *decies* de la Directive SMAV serait plutôt la protection et la promotion de la diversité culturelle. Le considérant 5 de la Directive SMAV stipule d'ailleurs expressément que la directive est conforme aux principes de la Convention de l'Unesco sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, qui souligne elle-même que « les activités, biens et services culturels ont une double nature, économique et culturelle »⁷.

Le lien établi par l'article 3 *decies* de la Directive SMAV entre la diversité culturelle, valeur énoncée dans la convention de l'Unesco, et la promotion des œuvres européennes, est clairement illustré par l'analyse d'impact de la Commission : « L'introduction d'une forme de réglementation au niveau de l'UE visant à 'encourager' les programmes européens aurait sans doute un impact positif sur la diversité culturelle et le développement de l'industrie européenne de l'audiovisuel⁸. » Ceci soulève toutefois la question d'une tension possible entre la mise en œuvre de cette disposition et les obligations incombant aux États membres aux termes des accords de l'OMC.

4) Document de travail des services de la Commission, *Impact Assessment on the Draft Audiovisual Services Directive*, annexé à la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, COM (2005) 646 final, SEC (2005) 1625/2, paragraphe 6.3.

5) *Ibid.*, paragraphe 6.3.

6) Rappelons que le système de quotas mis en place par l'article 4 de la Directive TSF était lui-même, selon la directive de 1997 la modifiant, frappé de la « nécessité d'assurer des conditions adéquates visant à améliorer la compétitivité de l'industrie des programmes » (cf. le considérant 28). Plus généralement, concernant l'impact de la Directive SMAV sur la diversité culturelle, voir Mira Burri-Nenova, *The new audiovisual media services directive: television without frontiers, television without cultural diversity* (2007) 44(6) *Common Market Law Review* p. 1689-1725 ; Thomas Gibbons, *The impact of regulatory competition on measures to promote pluralism and cultural diversity in the audiovisual sector* (2007) 9 *Cambridge yearbook of European legal studies*, p. 239-259.

7) Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, considérant 17.

8) Document de travail de la Commission européenne, *Impact Assessment on the Draft Audiovisual Services Directive*, voir ci-dessus, paragraphe 4.2.3.

III. La promotion des œuvres européennes face aux règles du GATT et du GATS : situations passée et présente

Les premières mesures destinées à promouvoir les œuvres européennes ne datent pas de la Directive SMAV ; elles sont même bien antérieures au texte qui constitue la « pierre angulaire » du système juridique de l'OMC, à savoir le GATT de 1947⁹. Mais c'est plus spécifiquement la version de 1989 de la Directive TSF qui a institué expressément un système de quotas de temps d'antenne, appliqué depuis près de vingt ans. La compatibilité de l'article 4 de la Directive TSF avec les accords de l'OMC, et notamment le GATT, est cependant loin de faire l'unanimité.

Ainsi, le 23 octobre 1989, la Chambre des représentants américaine adoptait une résolution dénonçant la Directive TSF comme une « pratique commerciale restrictive allant à l'encontre du GATT », jugeant que son système de quotas enfreignait (i) la clause de la nation la plus favorisée (NPF) établie par l'article I du GATT ; (ii) la règle du traitement national établie par l'article III du GATT et (iii) l'interdiction des restrictions quantitatives établie par l'article XI du GATT¹⁰.

Bien qu'ayant fait l'objet de longues négociations au cours de l'Uruguay Round, le différend n'a pas pu être réglé. Au contraire, il a débordé sur l'accord de l'OMC sur le commerce et les services, le GATS. Toutefois, la structure particulière de cet accord, avec son approche dite « de liste positive » ou « à la carte », a donné l'occasion aux négociateurs communautaires de préserver (de façon relative) la Directive TSF.

Plus précisément, les clauses d'accès au marché de l'article XVI du GATS ainsi que l'obligation de traitement national établie par son article XVII ne portent que sur les sous-secteurs des services énumérés dans la liste des engagements de chaque membre. La clause de la NPF présente à l'article II du GATS, en revanche, s'applique horizontalement à tous les secteurs des services, exception faite de ceux listés par chaque partie à l'accord dans sa liste d'exemptions à la clause de la NPF.

Sans surprise, la Communauté européenne n'a pris aucun engagement concernant le secteur audiovisuel au titre des articles XVI et XVII du GATS ; elle a en revanche déposé un certain nombre d'exemptions détaillées à la clause de la NPF au titre de l'article I du GATS, concernant la production et la distribution des œuvres audiovisuelles¹¹.

IV. Scénarios possibles de mise en œuvre de l'article 3 *decies* et contraintes de l'OMC

Revenons à l'article 3 *decies* de la Directive SMAV et voyons tout d'abord si les mesures permettant sa mise en œuvre sont susceptibles ou non d'aller à l'encontre de l'accord du GATS. Imaginons qu'un État membre de l'UE transpose cet article en imposant aux fournisseurs de services à la demande de contribuer à son système national de soutien au cinéma via une participation au financement d'œuvres européennes. Conformément à la définition donnée par l'article 1(n) de la Directive SMAV, les « œuvres européennes » bénéficiant d'un tel dispositif pourraient être les œuvres originaires d'États membres, les œuvres originaires d'États tiers parties à la Convention européenne sur la télévision transfrontière du Conseil de l'Europe (CETT) ou encore les œuvres originaires de pays tiers coproduites dans les cadre d'accords bilatéraux conclus avec un État membre.

9) Regourd, S., *L'exception culturelle*, Paris, 2002, p. 27 rappelle cette déclaration d'Edouard Herriot, ministre de l'Éducation du gouvernement Poincaré qui remonte à 1926 : « Ce n'est pas seulement l'intérêt du bon ordre et de la moralité publique [...] mais aussi l'intérêt de la conservation de mœurs et des traditions nationales qu'il s'agit de sauvegarder. Ce dernier intérêt serait compromis si le nombre de films de production étrangère projetés sur les écrans français continuait de croître aux dépens des films français. »

10) Voir 135 Cong. Rec. H7326-27 (23 octobre 1989), cité dans Castendyk, O., *Commentary to Article 4 TVWFD*, dans : Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, p. 440-441.

11) Concernant par exemple la distribution des œuvres audiovisuelles, la Communauté a obtenu une exemption de durée indéterminée qui lui permet d'imposer des droits compensateurs « en vue de faire face aux pratiques déloyales en matière de prix de certains pays tiers distributeurs d'œuvres audiovisuelles » qui sont « susceptible[s] de créer des perturbations graves dans la distribution des œuvres européennes ». De surcroît, la Communauté européenne peut, de façon sélective, réserver le bénéfice de ses programmes de soutien (plan d'action pour l'introduction de services de télévision avancés en Europe, MEDIA ou EURIMAGES) aux œuvres audiovisuelles et aux fournisseurs de ces œuvres remplissant certains critères attestant leur origine européenne. Voir également Peter van den Bossche, *Free trade and culture: a study of relevant WTO rules and constraints on national cultural policy measures* (Amsterdam : Boekmanstudies, 2007).

En théorie, un tel dispositif de mise en œuvre irait à l'encontre du principe du traitement national établi par l'article XVII du GATS, puisqu'une production américaine ne pourrait jamais bénéficier des mêmes subventions qu'une œuvre nationale. Toutefois, les services audiovisuels ne figurant pas dans la liste d'engagements de la Communauté européenne, le principe du traitement national n'est pas applicable et ne fait donc pas obstacle à la mise en œuvre d'un tel dispositif.

Par ailleurs, ce même dispositif pourrait provoquer des inquiétudes quant au principe de la clause NPF prévu par l'article II du GATS, dans la mesure où il introduirait une discrimination au sein des œuvres non nationales, en favorisant les productions originaires d'autres États de l'UE (ainsi que d'États parties à la CETT ou de pays ayant conclu un accord de coproduction avec l'État membre dans lequel le dispositif est mis en œuvre) au détriment des œuvres produites dans d'autres pays membres de l'OMC. Là encore, cette question n'est que théorique, car la liste d'exemptions à la clause NPF adoptée par la Communauté autorise des « mesures définissant les œuvres d'origine européenne, de telle façon à étendre le traitement national aux œuvres audiovisuelles répondant à certains critères linguistiques et d'origine ».

Étudions maintenant un autre scénario potentiel de mise en œuvre de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV : l'imposition, par un État membre, d'un contingent portant sur le catalogue d'œuvres, c'est-à-dire l'obligation, pour les fournisseurs de services non linéaires relevant de sa compétence, de consacrer au minimum 50 % de leur offre de contenus à la demande à des œuvres européennes au sens de l'article 1(n) de la Directive SMAV.

Une fois de plus, ce dispositif mettrait à mal la clause de traitement national du GATS et les obligations relatives à la clause NPF, auxquelles ne sont cependant pas tenus les États membres de l'UE. En outre, un système de contingent portant sur le catalogue des œuvres constituerait sans ambiguïté une forme de restriction d'accès au marché, interdite par l'article XVI du GATS ; mais là encore, cette interdiction est sans objet car la Communauté n'a pris aucun engagement dans le secteur de l'audiovisuel.

Que se passerait-il, cependant, si les deux dispositifs de mise en œuvre décrits ci-dessus se trouvaient eux aussi soumis aux règles du GATT, comme dans l'affaire *Bananes* tranchée par l'organe d'appel¹² ? La réponse va pratiquement de soi dans le cas du système de contingent : bien que le dispositif concerne *directement* un service (à savoir la fourniture de contenus audiovisuels à la demande à des utilisateurs finaux), il a *indirectement* un effet sur le commerce des films en tant que marchandises, c'est-à-dire sur les droits d'exploitation des œuvres¹³. En réalité, un fournisseur de services à la demande, entreprise à but lucratif, disposant d'un catalogue constitué de 100 films dont seuls 50 peuvent être d'origine non européenne, n'acquerrait selon toute vraisemblance pas plus de droits d'exploitation cinématographiques que la quantité d'œuvres qu'il serait autorisé à diffuser à ses abonnés.

Ainsi, un dispositif de contingent frappant le catalogue des œuvres ne respecterait ni le principe du traitement national énoncé par l'article III du GATT, ni la clause NPF énoncée dans l'article I du GATT, ni l'interdiction des restrictions quantitatives mise en place par l'article XI du GATT. Or contrairement au GATS, ces obligations présentes dans le GATT sont contraignantes pour tous les États membres de l'UE.

Cependant, le GATT prévoit une dérogation expresse au principe du traitement national : son article III :10 *juncto* article IV permet aux parties contractantes de mettre en place ou de conserver des réglementations quantitatives internes sous la forme de contingents à l'écran (*screen quotas*) au bénéfice des films nationaux¹⁴. On peut toutefois objecter que cette dérogation ne suffirait pas à justifier le système de contingent en cause portant sur le catalogue des œuvres, et ce, pour deux raisons. D'abord, parce que si on l'interprète littéralement, la formulation employée ne vise que « les

12) Dans l'affaire WT/DS27 de l'OMC, l'organe d'appel a jugé que « [certaines] mesures [...] pourraient être considérées comme relevant à la fois du GATT de 1994 et du GATS. Il s'agit des mesures qui impliquent un service concernant une marchandise particulière ou un service fourni en liaison avec une marchandise particulière. Dans tous les cas entrant dans cette troisième catégorie, la mesure en question pourrait être examinée au regard aussi bien du GATT de 1994 que du GATS ».

13) Castendyk, *Commentary to Article 4 TVWFD*, voir ci-dessus, p. 443.

14) Selon Neuwirth, R., *United in divergency: a commentary on the UNESCO convention on the protection and the promotion of the diversity of cultural expressions* dans (2006) *Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht* p. 827, l'inclusion d'une telle dérogation dans le corps de l'accord du GATT 1947 montre que l'on ressentait, dès l'origine du système du GATT, le besoin de prévoir un cadre juridique spécial pour les biens culturels.

films cinématographiques impressionnés », notion quelque peu dépassée. En outre, ladite dérogation ne permet pas d'opérer une répartition entre les productions de diverses origines pour la partie du temps de projection qui reste disponible¹⁵. Cela signifie que si l'attribution du contingent n'est pas réservée aux films nationaux, les États n'ont pas le droit d'opérer une distinction au sein des œuvres non nationales¹⁶, par exemple en favorisant une production relevant d'un État partie à la CETT par rapport à un film américain.

Ainsi, même dans l'hypothèse d'une interprétation large de l'article IV qui engloberait les contenus audiovisuels à la demande¹⁷, l'infraction à la clause NPF ne serait toujours pas couverte par la clause de dérogation, dans la mesure où elle équivaldrait à une discrimination entre différentes sources d'approvisionnement.

V. Le rôle de la diversité culturelle et de la convention de l'Unesco

C'est à ce stade que la notion de « diversité culturelle » peut être introduite. Dans le sillage de la Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle du 2 novembre 2001, l'Union européenne a fait partie des plus ardents défenseurs de la Convention de Paris sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles du 20 octobre 2005¹⁸. Du point de vue du droit international, cette convention est relativement atypique, dans la mesure où elle n'impose aucune obligation substantielle à ses parties. En outre, le texte réaffirme certains droits des parties, notamment celui d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles, mesures qui sont pourtant déjà implicites au titre de la notion de souveraineté.

Du point de vue du contenu même de la convention, le droit d'adopter des mesures et des politiques relatives à la culture tient de la litanie : il est évoqué dans le considérant 9, cité comme un « objectif » de la convention dans l'article 1(h), comme un « principe directeur » dans l'article 2(2), comme la « règle générale concernant les droits et obligations » dans l'article 5(1) et comme un « droit des parties au niveau national » dans l'article 6, qui distingue plusieurs exemples de mesures autorisées.

Lorsque l'on juxtapose la liste des droits des parties exposés par l'article 6 de la convention de l'Unesco et celle des exemptions à la clause NPF consenties à la Communauté, annexée au GATS, la ressemblance est frappante. Il n'est donc pas étonnant que les États-Unis aient voté contre l'adoption de la convention et ne l'aient pas ratifiée, redoutant par-dessus tout que cet instrument soit utilisé dans d'autres contextes multilatéraux pour ralentir, voire stopper, l'ouverture au libre-échange du secteur audiovisuel¹⁹.

On ne s'étonnera pas non plus que l'article 20, régissant les « relations avec les autres instruments », soit l'une des dispositions de la convention ayant donné lieu aux débats les plus vifs. Là encore, les travaux préparatoires constituent une précieuse source d'information, car deux versions différentes de cette clause ont été présentées au fil des négociations. La première, surnommée « clause de compatibilité » et soutenue par les États-Unis, prévoyait que la convention ne devait pas porter atteinte, ni être interprétée comme portant atteinte aux droits et obligations des parties relevant d'accords existants. Inversement, la France et le Canada étaient en faveur de la seconde version, dite « clause restrictive », selon laquelle la convention pouvait avoir des conséquences sur les droits et obligations prévus par des accords existants, à l'exception de ceux concernant la propriété intellectuelle, si la jouissance de ces droits et l'observation de ces obligations représentait une menace ou un préjudice sérieux pour la diversité des expressions culturelles.

15) Voir l'article IV:b du GATT. La jurisprudence ne donne malheureusement aucune orientation pour l'interprétation de cette disposition : bien qu'elle ait été invoquée dans le cadre de deux différends, dans les deux cas, les parties ont dessaisi la juridiction de l'affaire à la suite d'un règlement amiable. Voir *Turquie — Taxation des recettes provenant des films étrangers* WT/DS43 (1997) et *Canada — Mesures visant les services de distribution de film* WT/DS117/1 (1998).

16) Castendyk, *Commentary to Article 4 TVWED*, voir ci-dessus, p. 444

17) L'argument ne trouve aucune justification factuelle dans l'histoire des négociations ; en effet, les rédacteurs du GATT 1994, contrairement à leurs prédécesseurs, avaient la possibilité de modifier la formulation des articles III:10 et IV du GATT, mais ont choisi de ne pas le faire.

18) Le texte de la convention est disponible sur : <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919f.pdf>

19) Voir, à ce sujet, Christoph Beat Graber, *The new UNESCO Convention on Cultural Diversity: a counterbalance to the WTO?* (2006) 9(3) *Journal of International Economic Law*, p. 553-574 ; Michael Hahn, *A clash of cultures?, The UNESCO Diversity Convention and international trade law* (2006) 9(3) *Journal of International Economic Law*. p. 515-552.

Au terme de longues négociations, les parties ont fini par trouver un compromis. La version définitive de l'article 20 de la convention, sans subordonner cette dernière à quelque autre instrument que ce soit, enjoint d'abord les parties à encourager « le soutien mutuel » entre la convention et les autres traités auxquels elles sont parties (alinéa 1(a))²⁰. Par ailleurs, elle exige que les parties tiennent compte de la convention de l'Unesco lorsqu'elles interprètent et appliquent les autres traités auxquels elles sont parties ou lorsqu'elles souscrivent à d'autres obligations internationales (alinéa 1(b)). Toutefois, l'alinéa 2 apporte une nuance à cette disposition en stipulant que « rien dans la présente Convention ne peut être interprété comme modifiant les droits et obligations des parties au titre d'autres traités auxquels elles sont parties ».

VI. Synthèse : la pertinence de la convention de l'Unesco dans le cadre d'un différend de l'OMC portant sur une mesure de mise en œuvre de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV

Revenons au scénario de mise en œuvre de l'article 3 *decies* de la Directive SMAV consistant à introduire un contingent d'œuvres européennes dans le catalogue des diffuseurs : la question se pose de savoir si les dispositions de la convention de l'Unesco pourraient servir de base juridique dans une affaire concernant la compatibilité de ce dispositif avec le GATT 1994 et présentée devant un groupe spécial de l'OMC ou devant son organe d'appel.

A priori, il semble peu probable que les règles de la convention puissent être *appliquées directement* par les organes judiciaires de l'OMC aux fins de régler un différend : d'une part, le mémorandum d'accord de l'OMC sur le règlement des différends affirme clairement que la compétence du groupe spécial se limite aux « accords visés » par le mémorandum, à l'exclusion des accords conclus hors de l'OMC²¹ ; par ailleurs, l'article 20, alinéa 2, de la convention de l'Unesco exclut expressément la possibilité d'interpréter ses dispositions « comme modifiant les droits et obligations des Parties au titre d'autres traités auxquels elles sont parties²² ».

A l'inverse, on ne peut écarter a priori l'invocation des dispositions de la convention de l'Unesco comme principes directeurs pour l'interprétation et l'application des instruments juridiques de l'OMC. L'article 20, alinéa 1 (b) de la convention de l'Unesco envisage d'ailleurs expressément cette fonction d'orientation, ce qui serait en accord avec l'obligation de « soutien mutuel » exposée dans l'article 20, alinéa 1(a).

Dans le cadre d'un hypothétique différend relevant de l'OMC et portant sur une obligation de contingent sur catalogue adoptée par un État membre, la Communauté chercherait à invoquer la convention de l'Unesco pour interpréter l'article XX(f) du GATT²³, qui accorde une dérogation à toutes les obligations du GATT au titre des mesures « imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ». La Communauté avancerait à titre d'argument que la notion d'« activités, biens et services culturels » présente dans la convention de l'Unesco, qui recouvre les œuvres audiovisuelles, pourrait être invoquée pour étoffer cette référence aux « trésors nationaux » de façon à y inclure les contenus audiovisuels à la demande.

20) Selon le rapport exhaustif présenté par Abdulqawi A. Yusuf, directeur de l'Office des normes internationales et des affaires juridiques de l'UNESCO, la complémentarité des traités internationaux est la norme dans le cadre des relations internationales : « l'accent n'est habituellement pas mis sur les conflits ou les contradictions entre les clauses des différentes conventions, mais sur leur caractère complémentaire ». Exposé du directeur de l'Office des normes internationales et des affaires juridiques de l'UNESCO sur les différentes façons de résoudre la question des relations entre des conventions successives portant sur la même matière et l'article 19 (Relations avec les autres instruments) de l'avant-projet de Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques – Première session de la Réunion intergouvernementale d'experts sur l'avant-projet de Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques (20-24 septembre 2004).

21) Voir le mémorandum d'accord sur le règlement des différends, articles 1, alinéa 1, 11 alinéa 1 et 19 alinéa 1.

22) Rubagotti, G., *La Convenzione UNESCO sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali: quale coordinamento con le norme OMC?* (2007) 3 *Diritto del Commercio Internazionale* 206-207 ; Pauwelyn, J., *The UNESCO Convention of Cultural Diversity and the WTO: Diversity in International Law-making?* (2005) ASIL Insight.

23) Germann, C., *Diversité culturelle à l'OMC et l'UNESCO*, dans (2004) *Revue internationale du droit économique*, suggère plutôt la possibilité d'invoquer la référence à la « moralité publique » présente dans l'article XX, point a) du GATT pour justifier des restrictions quantitatives visant à protéger les produits culturels. Cependant, A., *La convenzione UNESCO sulla protezione e promozione della diversità culturale e regole WTO* dans L. Zagato (éd.) *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO* (Cedam, Padua: 2008) p. 201, note 21, rappelle qu'un tel argument devrait remplir les conditions de « nécessité » établies par la même clause, et avance l'argument que la dérogation établie par l'article XX, point d), accordée au titre des mesures « nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions » du GATT, constituerait une autre solution – viable, cette fois.

Il est quelque peu plus ardu de combler l'écart entre les systèmes juridiques respectifs de l'OMC et de l'Unesco. La principale pierre d'achoppement réside dans le fait que tout différend de ce type concernerait aussi, selon toute probabilité, les États-Unis, pays n'ayant pas ratifié la convention de l'Unesco. Il est admis que les dispositions d'un traité ne relevant pas du cadre juridique de l'OMC peuvent être invoquées pour interpréter un accord de l'OMC si les deux instruments internationaux ont les mêmes parties, c'est-à-dire si le traité conclu en dehors de l'OMC s'applique de façon obligatoire à *tous les membres de l'OMC*²⁴. Selon toutes les règles d'interprétation exposées dans l'article 31, alinéa 3(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, à laquelle il est implicitement fait référence dans l'article 3.2 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, il faut tenir compte « de toute règle pertinente de droit international *applicable dans les relations entre les parties* » (les italiques sont de nous). Dans cette optique, par conséquent, le refus des États-Unis de ratifier la convention de l'Unesco pourrait dans les faits empêcher le recours à cet instrument pour l'interprétation des règles de l'OMC dans le contexte d'un différend auquel les États-Unis seraient partie.

Exiger une parfaite coïncidence entre les parties aux accords de l'OMC et les signataires des traités sollicités à des fins d'interprétation aurait toutefois un effet ironique, comme l'a relevé Marceau : à mesure qu'un traité multilatéral (accords de l'OMC, par exemple) gagnerait des signataires, il se trouverait de façon croissante coupé du reste du droit international²⁵. Il n'est donc pas étonnant que l'organe d'appel de l'OMC, dans son rapport sur l'affaire *Essence*, ait avancé que le GATT ne devait pas être lu « en isolant cliniquement du droit international public²⁶ ». L'affaire *Crevettes* illustre plus encore l'étendue de ce diktat²⁷. Les États-Unis ont cherché à invoquer l'article XX(g) du GATT pour justifier l'interdiction d'importer des crevettes et des produits à base de crevette qu'ils avaient adoptée et qui allait à l'encontre des règles du GATT relatives aux restrictions quantitatives. La mesure américaine était à l'origine destinée à protéger les tortues marines. Cependant, la formulation de l'article XX(g) du GATT ne fait référence qu'aux « ressources naturelles épuisables ». L'organe d'appel a tout de même estimé qu'« étant donné que la communauté internationale a reconnu récemment » l'importance de la protection des ressources naturelles vivantes, ceci pourrait, conformément à « la règle de l'effet utile dans l'interprétation des traités », aller dans le sens d'une interprétation large de l'article XX(g) de façon à inclure tant les ressources biologiques que les ressources non biologiques²⁸.

Il est intéressant de noter que l'organe d'appel a démontré cette reconnaissance « par la communauté internationale » en invoquant des instruments multilatéraux que les États-Unis n'avaient ni signés ni ratifiés, dans le cas de la convention de l'Unesco²⁹. Qui plus est, dans un récent rapport sur la fragmentation du droit international, la Commission du droit international de l'ONU a jugé qu'il fallait étudier dans quelle mesure le traité invoqué pour interpréter les dispositions d'un autre instrument international « [pouvait] être considéré comme étant accepté 'implicitement' ou du moins toléré par les autres parties, c'est-à-dire que l'on [pouvait] raisonnablement considérer qu'il exprim[ait] les intentions ou la compréhension communes de tous les membres quant au sens du... terme concerné³⁰ ».

24) CE — Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (7 février 2006) WT/DS291-293/INTERIM, p. 299-300, paragraphes 7.68-7.70. Sur ce sujet, voir A. Gattini, *La convenzione UNESCO*, op. cit., p. 203 ; Pauwelyn, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law* (Cambridge University Press, Cambridge: 2003) p. 257.

25) Marceau, G., *WTO Dispute Settlement and Human Rights*, in *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), p. 757-779

26) Rapport de l'organe d'appel du 29 avril 1996, *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, AB-1996-1.

27) Rapport de l'organe d'appel du 12 octobre 1998, *États-Unis-Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, AB-1998-4.

28) *Ibid.*, paragraphe 131.

29) *Ibid.*, notes de bas de page 110 et 111.

30) Fragmentation du droit international (difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international, finalisé par Koskeniemi, M., document n° A/CN.4/L.682, 18 juillet 2006, paragraphe 472. Il faut noter toutefois que la conclusion à laquelle aboutit ce rapport est que la référence à un traité comme guide pour interpréter un autre traité ne peut être admise que si à *tous les moins les parties au différend* sont parties aux deux instruments.

Il reste toutefois très difficile de savoir à l'avance si un différend porté devant l'OMC au sujet d'un contingent frappant les contenus audiovisuels aurait une issue similaire à celui de l'affaire *Crevettes*. Dans l'UE, la convention de l'Unesco a déjà été invoquée par un certain nombre d'instruments juridiques non contraignants³¹, ainsi que par la Commission européenne pour déclarer compatible avec le marché commun une mesure adoptée par la France instituant un crédit d'impôt en faveur de la création de jeux vidéo³².

La Cour de justice des Communautés européennes s'en est servie pour justifier une mesure espagnole obligeant les radiodiffuseurs à investir dans des films dont la langue d'origine est une langue officielle en Espagne³³. La probabilité qu'un groupe spécial de l'OMC ou que son organe d'appel fasse appel à la convention de l'Unesco pour éclairer son interprétation dépend toutefois de l'obtention d'un consensus large et réel. Ce consensus doit être trouvé non seulement entre les institutions de l'UE et les États membres de l'UE, mais surtout au sein de la communauté internationale dans son ensemble, et doit porter sur la notion de diversité culturelle présente dans la convention de l'Unesco ainsi que sur l'ampleur des pouvoirs que les États souverains peuvent exercer pour protéger et promouvoir cette valeur³⁴.

31) Voir, parmi de nombreux autres : Conclusions du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, sur la promotion de la diversité culturelle et du dialogue interculturel dans les relations extérieures de l'Union et de ses États membres, JO C 320, 16 décembre 2008, p. 10-12 ; Conclusions du Conseil du 20 novembre 2008 relatives au développement de l'offre légale de contenus culturels et créatifs en ligne et à la prévention et à la lutte contre le piratage dans l'environnement numérique, JO C 319, 13 décembre 2008, p. 15-17 ; Conclusions du Conseil du 22 mai 2008 concernant les compétences interculturelles, JO C 141, 7 juin 2008, p. 14-16 ; Conclusions du Conseil du 24 mai 2007 sur la contribution des secteurs culturel et créatif à la réalisation des objectifs de Lisbonne, JO C 311, 21 décembre 2007, p. 7-9 ; Résolution du Conseil du 16 novembre 2007 relative à un agenda européen de la culture. JO C 287 du 29 novembre 2007, p. 1-4 ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions relative à un agenda européen de la culture à l'ère de la mondialisation, COM(2007) 242 final.

32) 2008/354/CE : Décision de la Commission du 11 décembre 2007 concernant l'aide d'État C 47/06 (ex N 648/05) – Crédit d'impôt en faveur de la création de jeux vidéo [notifiée sous le numéro C(2007) 6070], JO L118, 6 mai 2008, p. 16-29, notamment les paragraphes 63, 70 et 72.

33) Affaire C-222/07, UTECA, non encore publié, paragraphe 33.

34) Concernant l'implication directe de l'UE à cet effet, voir Armin von Bogdandy, *The European Union as situation, executive, and promoter of the international law of cultural diversity: elements of a beautiful friendship* (2008) 19(2) *European Journal of International Law*, p. 253-258.

Régulation, corégulation, autorégulation

La protection des mineurs au Royaume-Uni

Lorna M. Woods

City Law School (faculté de droit), City University, Londres

I. Introduction

Dans la controverse qui a entouré le processus de révision de la Directive Télévision sans frontières (TSF), un terrain d'entente a semblé se dessiner quant à la nécessité de protéger les mineurs. La Directive TSF comportait des dispositions à ce sujet ; la Directive Services de médias audiovisuels (SMAV) a pour sa part instauré une protection en matière de services non linéaires, à un niveau toutefois moindre.

En reconnaissant l'importance de la protection des mineurs, la Directive SMAV reprend l'approche déjà développée dans d'autres textes adoptés par la Communauté européenne¹, dans le cadre du Conseil de l'Europe² ainsi que dans la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (Cnude). Cette dernière aborde les droits des enfants au sens large, mais prévoit des droits spécifiques aux médias de masse. Tous les États membres de l'UE ont signé la Cnude et la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu son statut au sein du système juridique européen³. Point important, l'article 3 de la Cnude dispose que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. Cette disposition s'applique tant aux actions gouvernementales qu'à toutes celles menées par les autorités administratives en direction des enfants. Elles concerneraient donc également les mesures visant à protéger les enfants adoptées par les autorités de régulation des médias ; l'Office of Communications (Ofcom), l'autorité de réglementation britannique, a du reste reconnu ce fait lorsqu'il a abordé la question des publicités pour les aliments à faible valeur nutritive destinées aux enfants.

Ces considérations ont motivé la rédaction du présent article, lequel n'entend pas déterminer si le compromis politique trouvé au niveau communautaire est « tombé juste », ni même étudier les différentes formes de régulation, d'autorégulation et de corégulation existantes, que celles-ci viennent d'en haut ou d'en bas⁴. Il s'agit plutôt d'exposer dans ses grandes lignes et de comprendre l'approche adoptée par le Royaume-Uni en vue de mettre en œuvre la Directive SMAV, notamment en ce qui concerne les nouvelles dispositions relatives à la protection des mineurs, mais aussi de se demander si

1) Recommandation 98/560/CE du Conseil du 24 septembre 1998 concernant le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau comparable et efficace de protection des mineurs et de la dignité humaine JO [1998] L 270/48. Recommandation 2006/952/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine et sur le droit de réponse en liaison avec la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information en ligne JO [2006] L 378/72.

2) Voir par exemple la Recommandation (2004) 1 sur la protection des mineurs à l'égard des programmes pornographiques.

3) CJCE, Affaire C-244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, arrêt du 14 février [2008] REC, p. I-505.

4) Pour une étude des formes de régulation, voir par exemple Hans-Bredow-Institute/Institut du droit européen des médias (EMR), *Etude sur les mesures de corégulation dans le secteur des médias*, disponible sur : http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/coregul/final_rep_fr.pdf ; Lievens, Dumortier et Ryan, "The Co-Protection of Minors in New Media: A European Approach to Co-Regulation" (2006) 10(1) UC Davis Journal of Juvenile Law and Policy 97.

cette approche fait primer l'intérêt supérieur de l'enfant, ou si ce dernier se trouve inclus dans des considérations plus générales reflétant l'opinion des autres parties prenantes et en particulier des acteurs du secteur. Il est nécessaire, dans ce contexte, de prendre conscience de l'impact potentiel de certains choix de forme (à savoir, qui réglemente et sur quelle base) sur les niveaux réels de protection accordés. Pour comprendre les changements nécessaires à la mise en œuvre de la Directive SMAV, une présentation des exigences fixées par la directive et du cadre réglementaire existant au Royaume-Uni s'impose ; nous étudierons ensuite l'approche retenue par le Gouvernement britannique pour l'application du texte communautaire.

II. La régulation au niveau communautaire

La Directive SMAV ne limite pas le niveau de protection accordé aux mineurs dans le domaine de la radiodiffusion, même si à cet égard, certains États membres semblent avoir, plus que d'autres, respecté la « lettre » de la directive. Le système britannique étant déjà conforme aux dispositions prévues par la Directive TSF concernant les mineurs, le présent article s'intéressera aux nouvelles modifications devant être apportées à ce système.

En élargissant le champ de la Directive TSF aux services de médias audiovisuels (services à la demande, par exemple), la Directive SMAV accroît la protection accordée aux enfants. Ainsi, outre les interdictions frappant les contenus incitant à la haine qui apparaissent dans l'article 3 *ter* (lequel protège tant les adultes que les enfants), d'autres règles visent à protéger spécifiquement les mineurs utilisant des services à la demande. L'article 3 *nonies* exige que les États membres fassent en sorte que les mineurs n'aient pas accès en temps normal à des services de médias qui pourraient gravement nuire à leur épanouissement. De plus, en complément des règles interdisant la publicité clandestine et définissant les règles d'interdiction minimales frappant la publicité (article 3 *sexies* (1) (a)-(d), (f)), d'autres dispositions spécifiques sont destinées à protéger les mineurs. D'une manière générale, les communications commerciales audiovisuelles ne doivent pas causer de préjudice physique ou moral aux mineurs, ni exploiter leur inexpérience ou leur crédulité (article 3 *sexies* (1) (g)). En outre, les publicités pour des boissons alcooliques visant les mineurs sont interdites. Par ailleurs, certaines dispositions concernant le parrainage et le placement de produits prévoient un régime plus strict pour les émissions destinées aux enfants – on pourrait avancer qu'il s'agit là d'un assouplissement du régime antérieur, car cette pratique était auparavant strictement interdite (la position de la directive concernant le placement de produits comportait cependant de nombreuses ambiguïtés⁵). Enfin, les États membres doivent « [encourager] les fournisseurs de services de médias à élaborer des codes déontologiques concernant les publicités pour les aliments à faible valeur nutritive » (article 3 *sexies* (2) de la Directive SMAV).

III. Aperçu de la structure de régulation actuelle au Royaume-Uni

La structure de régulation britannique ne constitue pas un système unitaire cohérent, mais un ensemble de systèmes comportant des lacunes et des chevauchements. On peut y distinguer le système s'appliquant à la British Broadcasting Corporation (BBC), celui qui concerne les radiodiffuseurs commerciaux terrestres soumis à certaines obligations de service public (variables), et enfin celui qui s'applique aux autres radiodiffuseurs. Tous ces établissements émettent en vertu d'une licence de radiodiffusion qui, à l'exception de celle de la BBC, est accordée par l'Ofcom ; de même, c'est l'Ofcom qui est chargé de veiller à ce que les radiodiffuseurs respectent les codes qu'il établit. Ces codes (comme l'Ofcom Broadcasting Code ou code de la radiodiffusion de l'Ofcom, par exemple) précisent les obligations incombant aux radiodiffuseurs aux termes de la loi sur les communications (*Communications Act*). L'Ofcom n'a pas compétence en matière de services à la demande, ce qui constitue une carence de plus dans le système de réglementation des contenus.

1. La BBC

Régie par la Charte royale, la BBC a conclu avec le ministre de la Culture, des Médias et du Sport un accord définissant ses obligations générales en termes de programmation. La BBC « a vocation à servir l'intérêt public⁶ » et doit remplir certaines missions de service public en informant, en divertissant et en

⁵ La question du placement de produits est abordée dans l'article de Castendyk, dans la présente publication.

⁶ Charte de la BBC, 2006, article 3(1).

éduquant⁷. Si elle n'était à l'origine soumise qu'à une autorégulation (aux termes de la charte et de l'accord), elle fait désormais l'objet d'une forme de double régulation à travers le BBC Trust⁸ (un conseil indépendant) et l'Ofcom. Le BBC Trust joue le rôle d'arbitre en dernier ressort dans les plaintes déposées contre la BBC et portant sur le contenu des programmes. Comme le précise l'accord, la BBC doit également se conformer aux codes établis par l'Ofcom, à quelques exceptions près (qui sont limitées).

La BBC a établi un certain nombre de consignes éditoriales visant à définir le contenu de ses programmes, notamment des lignes directrices concernant ses services en ligne qui s'appliquent à tout fournisseur de contenus travaillant pour la BBC et ne se limitent pas aux productions réalisées en interne. Un chapitre de ces lignes directrices est consacré aux obligations frappant les contenus préjudiciables et choquants. L'approche générale de la BBC reflète la formulation de la Directive TSF, puisqu'il est précisé que la BBC « ne diffusera pas d'émissions susceptibles de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des enfants » ; les lignes directrices mentionnent en outre le recours à des restrictions d'horaires de diffusion ainsi qu'à des dispositifs d'étiquetage et de signalisation. Des dispositions spécifiques concernent le langage grossier, la nudité, les scènes de sexe, la consommation de stupéfiants, les comportements à risque et la violence (pour ne citer que quelques points). Les thèmes évoqués sont les mêmes que ceux qu'aborde le code de l'Ofcom.

2. L'Ofcom

La loi relative aux communications de 2003 (*Communications Act 2003*) fixe le cadre global de la radiodiffusion et impose des obligations à l'Ofcom concernant les règles applicables au secteur de la radiodiffusion – notamment celle de respecter les obligations internationales, y compris les exigences fixées par la législation communautaire et, semble-t-il, celles relevant de la Cnude. Ainsi, les articles 3 (4) (h), ainsi que 319 (2) (a) et (f), de la loi sur les communications reflètent les dispositions de l'article 22 de la Directive TSF. Dans le cadre de ses obligations, l'Ofcom a établi un code contraignant pour les radiodiffuseurs, dont la version la plus récente date de 2008⁹. Si certains commentateurs ont noté que le système britannique se préoccupe davantage, en règle générale, des contenus globalement choquants et préjudiciables (c'est-à-dire pour les adultes comme pour les enfants), la version actuelle du code de l'Ofcom consacre cependant un chapitre à la protection des mineurs (c'était déjà le cas de la version précédente), même si celui-ci doit être lu en lien avec les dispositions plus générales sur les contenus choquants et préjudiciables. Ces articles du code de radiodiffusion visent à satisfaire aux exigences correspondantes fixées par la loi relative aux communications et à l'article 22 de la Directive TSF, le tout en respectant l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). A l'instar du code de la BBC, le texte du code établi par l'Ofcom suit la formulation de l'article 22 de la Directive TSF lorsqu'il dispose que « les émissions susceptibles de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des personnes de moins de 18 ans ne doivent pas être diffusées¹⁰ ». De plus, l'article 1.2 indique qu'en complément des obligations découlant de l'article 22 de la Directive TSF, « les radiodiffuseurs doivent s'efforcer dans la mesure du raisonnable de protéger les personnes de moins de 18 ans ». Cet article du code fixe également des exigences spécifiques en matière de protection des enfants¹¹, en imposant des contraintes de programmation¹². D'autres dispositions rappellent que certaines émissions ne sont pas adaptées aux jeunes enfants, introduisant ainsi la possibilité d'une réglementation graduée.

Autre évolution intéressante, celle des règles applicables à la radiodiffusion des films¹³, qui s'appuient sur la classification attribuée à chaque œuvre par le British Board of Film Classification (Bureau britannique de la classification des films – BBFC)¹⁴, l'organisme de corégulation responsable de la classification des films au moment de leur sortie en salles, mais aussi en vue de leur édition en vidéo et DVD. Les règles de l'Ofcom autorisent maintenant la diffusion, sur les chaînes en *pay-per-view* (paiement à la séance), de films réservés selon le BBFC aux plus de 18 ans, dès lors qu'une information

7) Charte de la BBC, 2006, articles 4 et 5.

8) Accord sur la BBC (Cmnd 6872) ; les articles 43-63 établissent des obligations que la BBC doit respecter. Elles sont détaillées dans les lignes directrices destinées aux producteurs.

9) Code de radiodiffusion de l'Ofcom, 2008 disponible sur : <http://www.ofcom.org.uk/tv/ifi/codes/bcode/>

10) Code de radiodiffusion de l'Ofcom, article 1.1.

11) Selon l'article 1.3, les enfants sont les personnes de moins de 15 ans.

12) Certains types de contenus ne peuvent pas être montrés avant 21 heures : par exemple les scènes de sexe, de nudité, la consommation de stupéfiants et d'alcool, la violence, les comportements à risque, les séances d'exorcisme, les pratiques occultes, le paranormal et les propos insultants.

13) Code de radiodiffusion de l'Ofcom, article 1.20 et suivants.

14) <http://www.bbfc.co.uk/>

adéquate est disponible et qu'un système de protection approprié est mis en œuvre. Le bulletin des plaintes de l'Ofcom, qui détaille les décisions rendues à la suite des plaintes déposées contre les radiodiffuseurs, montre que l'Ofcom ne fait preuve dans ce domaine d'aucune indulgence à l'égard des défaillances techniques parfois invoquées par les fournisseurs de services. En outre, la diffusion de films classés « R18 » (à caractère sexuel, interdits aux moins de 18 ans) est interdite, même en présence de mesures techniques de protection.

3. La publicité à la télévision

Aux termes de la loi sur les communications, l'Ofcom est tenu d'envisager la mise en place d'une corégulation. En matière de publicité radiodiffusée, il a exercé son droit à déléguer ses fonctions de régulation à l'autorité chargée des normes publicitaires (Advertising Standards Authority, ASA), un organisme créé par les acteurs du secteur pour réglementer l'industrie de la publicité, et qui a reçu par la suite un fondement juridique¹⁵. Le conseil de l'ASA statue sur les éventuels manquements aux codes établis par les deux commissions réunissant les acteurs de la profession : la commission des pratiques publicitaires, hors radiodiffusion (Committee of Advertising Practice (Non-broadcast), CAP), et la commission des pratiques publicitaires dans la radiodiffusion (Committee of Advertising Practice (Broadcast), BCAP), de création plus récente. Ce système est administré par l'ASA. Si certains des membres de son conseil ont exercé une activité en rapport avec le secteur, ils ne viennent pas, pour la plupart, du domaine publicitaire. Outre le traitement des plaintes, l'ASA assure un contrôle de la publicité. Les deux commissions créées par les acteurs du secteur ont également établi des documents d'orientation destinés aux professionnels, qui précisent le champ d'application des codes tel qu'il ressort des décisions adoptées par l'ASA. En cas de non-respect de ces codes, l'ASA peut déférer l'affaire aux services de l'inspection du commerce. L'autorité est financée par une taxe collectée par le comité des finances de l'ASA (l'Asbof) et par celui de l'ASA section radiodiffusion (le Basbof), qui sont des entités distinctes, de sorte que la contribution d'un annonceur aux finances de l'ASA ne saurait peser sur les décisions qu'elle prend ; selon son site Web, les recettes annuelles de l'autorité se montaient en 2008 à plus de 7 millions de GBP.

Le code britannique relatif à la publicité, à la promotion des ventes et au marketing direct, établi par le CAP et visant la publicité non radiodiffusée, est surtout centré sur les questions de publicité mensongère et de confusion entre contenus éditoriaux et messages commerciaux, même si ce code a toujours reconnu la nécessité de préserver les enfants de l'exploitation commerciale. Le texte dispose en outre que les publicités ne doivent pas « choquer gravement ou largement » le public et qu'elles doivent être conçues dans un esprit de responsabilité envers les consommateurs et la société. Ces deux points nécessitent une évaluation, qui est fondée sur l'interprétation par l'ASA des attentes du public et évolue à la lumière des changements survenant dans la société.

Le dispositif relatif à la publicité radiodiffusée est venu se « greffer » sur ce système ASA/CAP. Il est constitué de deux codes distincts (pour la radio et pour la télévision) et d'une commission chargée de leur rédaction, la BCAP. Cette dernière regroupe des représentants des radiodiffuseurs bénéficiant d'une licence accordée par l'Ofcom, des annonceurs, des agences, ainsi que des spécialistes de la vente directe et de la vente en ligne. Elle est chargée de la mise à jour des codes et est conseillée dans l'exercice de ses responsabilités par un comité consultatif pour la publicité (Advertising Advisory Committee, AAC). L'AAC, instance indépendante du secteur, a pour objet de fournir un avis tiers et impartial¹⁶. Comme en matière de publicité non radiodiffusée, c'est le conseil de l'ASA qui statue sur les questions de conformité aux codes de radiodiffusion. Le dispositif prévoit un Conseil de radiodiffusion distinct, même si certains de ses membres sont également membres du conseil de l'ASA hors radiodiffusion. Les radiodiffuseurs sont tenus de mettre en œuvre les décisions de l'ASA – il s'agit là d'une condition fixée par leur licence Ofcom. S'ils persistent à diffuser des publicités allant à l'encontre des codes en vigueur, les radiodiffuseurs risquent d'être déférés à l'Ofcom par l'ASA. La BCAP a établi, en matière de publicité, des codes qui vont au-delà du minimum requis par la Directive TSE. Les questions touchant à la fréquence des pages de publicité sont toujours traitées par le Conseil des contenus de l'Ofcom, tout comme celles qui concernent la publicité politique et le parrainage. Enfin, bien que l'ASA ait des attributions très vastes et régleme en partie la publicité sur les nouveaux

15) Loi de 1988 sur le contrôle de la publicité mensongère (*Control of Misleading Advertisements Regulations 1988*) ; l'ASA peut déférer les annonceurs refusant de coopérer au système volontaire au service de la concurrence et des prix (Office of Fair Trading, OFT) en vue d'une action judiciaire.

16) Une liste des membres de l'AAC est disponible sur : <http://www.cap.org.uk/cap/Advertising+Advisory+Committee/>

médias (bannières publicitaires ou messages SMS), les déclarations publiées sur les sites des entreprises n'entrent pas dans son champ de compétence, car l'ASA ne se prononce pas sur les contenus éditoriaux, sauf en cas d'achat d'un espace pour faire la promotion d'un produit ou d'un service.

4. Services à la demande

Le champ de la loi sur les communications exclut les services à la demande ; l'Ofcom ne s'en occupe pas directement. Les organismes professionnels, tels que l'Association pour la télévision à la demande (Association for Television On-Demand, ATVOD¹⁷) et l'Organe indépendant de classification en matière de téléphonie mobile (Independent Mobile Classification Body, IMCB¹⁸), ont souvent été mis en avant. Ces deux organismes ne couvrent pas l'ensemble du débat, mais nous commencerons néanmoins par étudier ici l'IMCB et l'ATVOD.

L'IMCB a été créé conformément à un code de déontologie adopté par un certain nombre d'opérateurs de téléphonie mobile qui se sont baptisés collectivement le « Mobile Broadband Group » (MBG). L'IMCB applique un système de classification dans lequel les fournisseurs de contenus commerciaux catégorisent eux-mêmes leurs contenus. Aux termes de ce code, les opérateurs de téléphonie mobile doivent imposer des contrôles d'accès pour les contenus interdits aux moins de 18 ans ; tout contenu non catégorisé est par ailleurs traité comme s'il était interdit aux moins de 18 ans. Les modalités de ce système de classification sont pour l'essentiel les mêmes que celles du BBFC, lequel a tenu compte des attentes du grand public pour réviser ses principes de classification ; les normes de l'IMCB sont fixées indépendamment du MBG. Les opérateurs de téléphonie mobile doivent mettre en œuvre les dispositions du code au moyen d'accords contractuels conclus avec les fournisseurs de contenus. Cet aspect pourrait conférer un réel impact aux décisions de l'IMCB, car les fournisseurs de contenus ne peuvent se passer des opérateurs de téléphonie mobile pour accéder au public. L'organe de classification ne procède toutefois pas au réexamen des catégorisations ; celui-ci est plutôt le fruit des plaintes déposées, même s'il s'avère que les opérateurs de contenus mobiles assurent un suivi de la classification des contenus¹⁹. Selon l'Ofcom, ce code fonctionne et est bien compris par les acteurs du secteur, malgré la faible activité de l'IMCB²⁰. Depuis sa création en 2004, ce dernier n'a reçu qu'une plainte (qui était hors de sa compétence) ; il ne produit pas de rapport annuel.

D'autres limites apparaissent vis-à-vis de la Directive SMAV, la plus notable étant que le système de l'IMCB ne couvre pas par exemple les contenus en ligne. La véritable faiblesse de ce système réside en outre dans le fait qu'il n'est capable d'opérer une distinction qu'entre les contenus réservés aux plus de 18 ans et ceux qui conviennent à tous les âges. Contrairement aux codes applicables aux radiodiffuseurs, ceci signifie que les très jeunes enfants peuvent visionner des contenus destinés à des enfants plus âgés. Le MBG a pris note de cette difficulté, mais juge toutefois qu'une signalisation indiquant la catégorie d'âge à laquelle est destiné un contenu est suffisante²¹. Il s'est toutefois interrogé pour savoir si ce système de classification des contenus offrait une finesse suffisante. Cette appréciation de l'acceptabilité du niveau de protection accordé aux enfants renferme une contradiction évidente, puisque le MBG a identifié cette faiblesse en matière de protection des plus jeunes. Cette contradiction peut s'expliquer par le fait que ce système favorise, fondamentalement, l'autorégulation ; de plus, la volonté de « donner une chance » aux dispositifs élaborés par le secteur pèse dans la balance lorsqu'il s'agit de juger si ces dispositifs sont adaptés. Si la Directive TSF n'exige pas l'attribution de niveaux de protection spécifiques aux diverses classes d'âge, il est largement admis que les enfants ont besoin de niveaux de protection différents selon leur maturité. Au vu de cette approche non différenciée, on peut donc dire que ce système ne sert pas les intérêts de tous les enfants, et qu'il ne donne pas la priorité aux intérêts des enfants comme l'exige la Cnude²².

L'ATVOD dispose elle aussi d'un système d'information et de classification fondé sur un code. Ce dernier ne prévoit pas l'interdiction de certains types de contenus ou d'images (par exemple la pornographie ou l'incitation à la haine), ce qui semble en contradiction avec les dispositions de la

17) La page d'accueil du site peut être consultée sur : <http://atvod.co.uk/>

18) La page d'accueil du site peut être consultée sur : <http://www.imcb.org.uk/>

19) Consultation du MBG sur la révision du *UK code of practice for the self-regulation of new forms of content on mobiles* (code d'usage pour l'autorégulation des nouveaux types de contenus sur les réseaux mobiles), 8 août 2008, p. 5.

20) Ofcom, *Self-Regulation of New Forms of Content on Mobiles: Review*, 11 août 2008, p. 2.

21) Consultation de MBG sur la révision du code, p. 5.

22) Il est intéressant de se demander si l'IMCB pourrait être lié par l'article 3 de la Cnude ; le ministère de la Culture, des Médias et du Sport, ainsi que l'Ofcom, le seraient, puisque les États signataires sont tenus de mettre en œuvre des systèmes adaptés.

Directive SMAV ; toutefois, dans les domaines où ce sont des membres de l'ATVOD qui disposent du contrôle éditorial, le code précise que ses membres doivent s'efforcer de faire en sorte que l'utilisation de contenus attentatoires à la dignité de l'homme soit justifiée. Il est intéressant de noter que le code de l'ATVOD fait référence à des normes appliquées par d'autres instances de régulation, notamment le BBFC. Le système d'autorégulation mis en place par l'ATVOD repose sur le volontariat, ce qui est une faiblesse, car les grands acteurs du secteur n'y ont pas souscrit. Elle compte actuellement parmi ses membres BT, Channel 4, Filmflex, Five, ITV, Tiscali et Virgin Media. Il est donc possible de réussir dans ce secteur sans avoir l'aval de l'ATVOD, puisque des sociétés telles que Sky n'en sont pas membres. En outre, bien que la BBC y soit affiliée, les plaintes concernant ses services à la demande relèvent du système de réglementation établi par la Charte de la BBC et par l'accord conclu avec son ministère de tutelle, et sont donc déposées auprès de la BBC et non de l'ATVOD.

L'ATVOD et l'IMCB ne sont pas les seuls organismes de régulation potentiels à prendre en compte. Le BBFC, l'instance de classification des films au Royaume-Uni, est entré en lice. Il s'agit à l'origine d'un organisme mis en place par le secteur audiovisuel, qui s'est vu conférer un soutien législatif par la suite²³. Il est financé par une taxe qui frappe les films faisant l'objet d'une classification, taxe calculée en fonction de la durée des œuvres cinématographiques ou vidéo soumises pour certification ; le montant de cette taxe est entériné par le gouvernement²⁴. Le Conseil de gestion du BBFC est constitué de grands noms des activités de production et de services de l'industrie du cinéma. Ils ont tout à gagner à ce que leur secteur prospère mais n'ont pas d'intérêt direct dans le contenu des œuvres. Selon le BBFC, 84 % des adultes et 91 % des parents veulent voir figurer les classifications BBFC réservées aux films et aux DVD sur les contenus audiovisuels numériques téléchargeables²⁵. A cette fin, le BBFC a instauré le service « BBFC online », destiné tant aux fournisseurs qu'aux agrégateurs de contenus. Il englobe les contenus disponibles *via* les sites Web, les boîtiers décodeurs et les lecteurs médias portatifs, et s'appuie sur la classification préalablement attribuée auxdits contenus aux termes de la loi relative aux enregistrements vidéo (*Video Recording Act*), sans imposer de surcoût par film. Pour les consommateurs, ce système présente l'avantage de faire appel à un marquage et à des critères de classification qui leur sont déjà familiers. Les sites Web, outre une classification fondée sur l'âge, peuvent comporter des liens menant vers une page du site du BBFC contenant des explications sur cette catégorisation. Dans son rapport annuel 2007, le BBFC indique que les acteurs suivants du secteur prennent part au projet « BBFC online » : Disney, Warner Bros, Sony Pictures, 20th Century Fox, Tartan, Arts Alliance Media, Entertainment UK, BT Vision et Tesco²⁶. Contrairement à l'ATVOD, qui regroupe la plupart des radiodiffuseurs, et l'IMCB, qui dépend des opérateurs de téléphonie mobile, les membres de ce projet du BBFC semblent donc être plutôt des producteurs de contenus.

Comme nous l'avons brièvement évoqué plus haut, la BBC a déjà élaboré une série de lignes directrices concernant ses services en ligne²⁷. Elles invoquent les mêmes principes éthiques que les consignes éditoriales de la BBC relatives à la radiodiffusion. Quant aux sujets réglementés par la directive, il semble que les principes les plus pertinents ici soient ceux relatifs aux contenus préjudiciables et choquants. La BBC note que, contrairement aux services linéaires, Internet ne peut pas donner lieu à des restrictions horaires. Les lignes directrices de la BBC indiquent également qu'il s'agit là d'un ensemble de services destiné à des publics variés et nourrissant des attentes différentes, qui est proposé en ligne, et que ceci peut entraîner des difficultés. Le document souligne la nécessité de réagir aux attentes du public et de conduire des recherches sur ces attentes.

Bien que la régulation des contenus audiovisuels soit le fait de plusieurs organismes et de nombreux codes différents, ces derniers présentent des références croisées – notamment en ce qui concerne le système de classification des films du BBFC. Le Broadband Stakeholders Group (BSG)²⁸ a également établi des bonnes pratiques ; elles n'établissent toutefois pas de normes en ce qui concerne les contenus, mais identifient plutôt les différentes modes de communication de l'information. Au lieu de tenter d'identifier les similitudes, elles semblent même au contraire souligner les différences ; de ce

23) *Video Recordings Act 1984* (loi sur les enregistrements vidéo de 1984) ; statutairement, le BBFC n'a pas compétence en ce qui concerne la classification des films en vue de leur distribution en salles, mais dans les faits, les conseils locaux ont tendance à se fier à la classification du BBFC.

24) Dans ses comptes 2007, le BBFC indique un chiffre d'affaires de 7 millions de GBP.

25) Le rapport est disponible sur : <http://www.bbfc.co.uk/bbfcOnline/bbfcOnline.php>. Voir également le rapport annuel 2007 du BBFC, p. 27, disponible sur :

http://www.bbfc.co.uk/downloads/pub/BBFC%20Annual%20Reports/BBFC_AnnualReport_2007.pdf

26) BBFC, Annual Report, 2007, p. 30.

27) Les lignes directrices sont disponibles sur : <http://www.bbc.co.uk/guidelines/editorialguidelines/onguide/>

28) La page d'accueil du site peut être consultée sur : <http://www.broadbanduk.org/>

fait, elles ne contribuent donc pas à combler les lacunes existantes en matière de protection, lacunes dues au fait que le secteur audiovisuel se réfère à un ensemble d'organismes *ad hoc* qu'il a lui-même mis en place dans le but d'éviter une réglementation du haut vers le bas.

5. Publicités destinées aux enfants portant sur les aliments à faible valeur nutritive

Bien que l'Ofcom ait transféré à l'ASA la charge du Code de réglementation publicitaire de la radiodiffusion télévisuelle (*Television advertising standards code*), il conserve la responsabilité en dernier ressort de toutes les publicités télévisuelles. De plus, dans le cadre des missions qui lui incombent au titre de la loi sur les communications, l'Ofcom est tenu de prendre en compte (entre autres) la vulnérabilité des enfants²⁹. La loi l'autorise à élaborer des normes afin d'interdire certaines publicités, ainsi que des formes et des méthodes de publicité ou de parrainage³⁰. Dans ce contexte, en décembre 2003, le ministre de la Culture, des Médias et du Sport a demandé à l'Ofcom d'étudier des propositions visant à renforcer les règles en matière de publicité télévisuelle portant sur des aliments destinés aux enfants – initiative qui va au-delà des exigences fixées par la Directive SMAV. Au vu des nombreux facteurs qui déterminent les choix des enfants et l'obésité infantile, l'Ofcom a jugé que l'interdiction de ce type de publicités serait excessive.

A la même époque, la Foods Standards Agency (FSA, l'organisme chargé de contrôler la sécurité alimentaire) a entrepris une étude de profilage nutritionnel afin d'aider l'Ofcom à se prononcer sur les restrictions à adopter concernant les publicités télévisuelles pour les aliments peu sains. L'Ofcom a ensuite mené des consultations en 2006 (et recueilli les réponses d'associations de consommateurs et de d'organismes de promotion de la santé (17), d'annonceurs et d'acteurs de l'industrie agroalimentaire (16), de radiodiffuseurs et d'organismes connexes (12), ainsi que de 8 personnes à titre individuel) ; il est parvenu aux conclusions suivantes³¹ :

- les restrictions horaires se limiteraient aux aliments et aux boissons présentant une haute teneur en graisse, en sucre et en sel (*High Fat, Salt and Sugar* ou HFSS), selon la définition retenue dans le cadre du profilage nutritionnel réalisé par la FSA ;
- aucune publicité pour des produits HFSS ne doit être diffusée avant, pendant ou après une émission prévue expressément pour les enfants ; toute publicité pour des produits HFSS doit donc être supprimée des chaînes spécifiquement destinées aux enfants ;
- aucune publicité pour des produits HFSS ne doit être diffusée avant, pendant ou après une émission particulièrement attractive pour les enfants de moins de 16 ans ; enfin
- ces restrictions s'appliquent également au parrainage d'émissions.

Les restrictions horaires sont entrées en vigueur en deux étapes pour toutes les chaînes, exception faite des chaînes pour enfants, qui ont bénéficié d'une application progressive jusqu'au 1^{er} janvier 2009. Comme pour la publicité en général, le BCAP est responsable de l'interprétation de ces règles, tandis que l'ASA est chargée de s'assurer qu'elles sont respectées. Outre ces restrictions, le BCAP a modifié ses règles en ce qui concerne le contenu des publicités pour les produits alimentaires et les boissons.

L'approche de l'Ofcom a fait l'objet de critiques, comme le suggère le projet de loi d'initiative parlementaire présenté en 2007, qui proposait l'adoption d'une loi sur la publicité alimentaire télévisuelle (le *Television Advertising (Food) Bill 2007*) et entendait imposer une restriction horaire à partir de 21 heures. L'association de consommateurs Which a également émis des critiques, même si son propre rapport³² a été vivement critiqué par la section « publicité alimentaire » créée au sein de l'Advertising Association (fédération de la publicité)³³. Ces organismes risquent toutefois de ne pas être impartiaux sur cette question, car ils ont tous deux été mis en place pour protéger des intérêts spécifiques. Fin 2008, l'Ofcom a publié les résultats de l'évaluation menée au sujet des changements entrepris³⁴. Il en ressort que les enfants semblent visionner moins de publicités pour les aliments à haute teneur en graisse, en sucre et en sel, même si l'Ofcom prévoit de mener une enquête complémentaire sur ce point. Cette fois encore, les conclusions de l'Ofcom ont été critiquées par certaines associations de consommateurs³⁵.

29) Article 3 (4) (h) de la loi sur les communications de 2003.

30) Voir les articles 319, 321(1) (b) et 322 de la loi sur les communications de 2003.

31) Déclaration de l'Ofcom, disponible sur : http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/foodads_new/statement/statement.pdf

32) Disponible sur : <http://www.which.co.uk/advice/how-tv-food-advertising-restrictions-work/index.jsp>

33) Disponible sur : http://www.adassoc.org.uk/Interim_Review_of_Media_Landscape.pdf

34) Disponible sur : <http://www.ofcom.org.uk/research/tv/reports/hfssdec08/hfssdec08.pdf>

35) Disponible sur : <http://www.sustainweb.org/news.php?id=237>

Dans ce contexte, le point qui retient l'attention est la façon dont l'Ofcom a été encouragé à agir. L'initiative (ancrée dans une inquiétude largement répandue au sein du grand public) est venue du gouvernement, qui a mobilisé plusieurs ministères. En outre, le processus s'est appuyé sur un travail de recherche et a eu recours à des consultations exhaustives et répétées, qui ont recueilli un nombre relativement important de réponses, notamment de la part de personnes qui se sont exprimées à titre individuel. Comme on pouvait s'y attendre dans ce domaine, le débat s'est polarisé : le secteur publicitaire, d'une part, et les associations de consommateurs et de promotion de la santé, d'autre part, campant sur des positions bien arrêtées. Si l'Ofcom a élargi ses propositions initiales, il a également rejeté la possibilité d'une interdiction de la publicité pour les aliments HFSS avant le seuil horaire de 21 heures et a, sur ce point, fait l'objet de critiques car on a jugé qu'il ne donnait pas la priorité aux droits des enfants, comme l'exige la Cnude.

IV. Mise en œuvre de la Directive SMAV

Le gouvernement, agissant par son ministère de la Culture, des Médias et du Sport (DCMS), a rendu public, l'an dernier, un rapport de consultation concernant les mécanismes de mise en œuvre de la Directive SMAV. Comme nous l'avons noté plus haut, le cadre réglementaire actuel ne couvre pas l'ensemble des services réglementés par la Directive SMAV ; il n'était donc pas possible de conserver en l'état le système existant. Une synthèse des réponses à cette consultation a été publiée³⁶ et le ministre s'est exprimé devant le parlement pour définir les intentions du gouvernement quant à l'application de la Directive SMAV³⁷. Toutefois, le détail du dispositif n'est pas encore connu (notamment concernant l'organisme de régulation retenu pour les services à la demande). Dans le cadre d'une analyse du point de vue de la protection des mineurs, il est essentiel de noter que, malgré l'importance de cette question, la nécessité de protéger les mineurs n'a pas donné lieu à une consultation distincte et n'a pas été isolée comme une préoccupation à part entière. Cette omission vient peut-être de ce que le besoin de protéger les mineurs est un fait accepté ; d'autres questions beaucoup plus controversées ont par conséquent occupé le devant de la scène dans les débats. Les principaux problèmes identifiés étaient notamment : le champ d'application de la Directive SMAV et le moyen d'étendre aux services non linéaires le régime de la loi sur les communications (débat qui n'est pas l'objet du présent article) ; l'opportunité ou non d'adopter un modèle de corégulation ou de régulation ; le traitement de la publicité, notamment dans le domaine de la vidéo à la demande (VOD) ; enfin l'approche à retenir concernant le placement de produits. La question des publicités pour les aliments HFSS destinés aux enfants n'a pas été soulevée ; la Directive SMAV ne l'aborde pas et de plus, le système britannique dans ce domaine est encore en cours de révision. Certaines de ces questions vont au-delà de l'objet du présent article (comme la définition de la VOD ou le traitement du placement de produits). Dans la présente partie, suivant l'approche adoptée par la consultation, nous étudierons la structure institutionnelle de régulation de la VOD (IV.1) et de la publicité (IV.2). Ces sous-parties permettront d'exposer les questions abordées dans la consultation menée par le Gouvernement britannique, de présenter l'approche retenue et de mettre en évidence les sujets qui restent à traiter. La question qui sous-tend ce débat est celle de savoir dans quelle mesure la priorité donnée à la forme conditionne, limite ou empêche le traitement des questions de fond relatives au niveau de protection accordé aux enfants.

1. Choix du mode de régulation pour les contenus éditoriaux

En vertu du système instauré par la loi sur les communications, l'Ofcom semble présenter ce que l'on pourrait appeler une « prédisposition génétique » pour l'autorégulation, plutôt que pour toute autre forme de régulation. L'approche retenue dans les lignes directrices de l'Ofcom³⁸ affiche sans aucun doute une présomption réfutable en faveur de l'autorégulation, puisque la corégulation ne doit être utilisée que lorsque l'autorégulation est sans effet, et que la réglementation traditionnelle (du haut vers le bas) doit à son tour intervenir là où la corégulation échoue. L'Ofcom a identifié certaines conditions nécessaires pour définir les cas où l'autorégulation est une solution adaptée :

36) DCMS, *Consultation on Proposals for the Implementation of the EU Audiovisual Media Services Directive in the United Kingdom: Summary of Responses*, mars 2009, disponible sur : http://www.dcms.gov.uk/images/publications/summary_report.pdf

37) Disponible sur : http://www.culture.gov.uk/reference_library/minister_speeches/5932.aspx

38) Ofcom, *Identifying Appropriate Regulatory Solutions: principles for analysing self- and co-regulation – déclaration*, disponible sur : <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/coregulation/statement/>

- le secteur pris collectivement a intérêt à trouver une solution au problème ;
- le secteur peut fixer des objectifs clairs au dispositif ;
- la solution proposée par le secteur correspond aux besoins légitimes des consommateurs et des citoyens.

L'Ofcom a également identifié des circonstances dans lesquelles l'autorégulation aurait peu de chances d'être efficace, notamment lorsque les sociétés, individuellement, sont incitées à ne pas y prendre part ou à ne pas la respecter. Il est intéressant de rappeler que le système d'autorégulation actuel en matière de VOD (l'ATVOD) exclut les acteurs clés du secteur, et qu'un autre acteur important (la BBC) est soumis à un régime distinct (voir III.1 et III.3) – sans parler des doublons qui existent actuellement entre les systèmes.

Le ministère, dans son rapport de consultation, a adopté une approche différente pour évaluer dans quel cas utiliser la corégulation (ou la régulation) par opposition à l'autorégulation, et proposé une liste de critères sensiblement plus longue que celle de l'Ofcom, notamment³⁹ :

- la nécessité de mettre en œuvre efficacement la directive ;
- la transparence envers le grand public et le secteur ;
- une cohérence raisonnable avec les normes existantes en matière de contenu en ce qui concerne les contenus radiodiffusés et les publicités ;
- des incitations, pour les fournisseurs de vidéo à la demande, à participer au dispositif ;
- des incitations, pour les fournisseurs de vidéo à la demande, à respecter les règles ;
- le risque de créer de nouvelles barrières limitant l'accès au secteur ;
- la sensibilisation du grand public et la visibilité du dispositif ;
- la confiance des consommateurs ;
- les ressources et la charge de travail nécessaires ;
- les coûts et les mécanismes de financement ;
- les relations existantes ;
- la flexibilité, le contrôle et le traitement des plaintes à l'avenir, les mécanismes d'appel et de mise en application.

Si l'Ofcom mentionne certains de ces points complémentaires, il les considère comme des bonnes pratiques nécessaires au bon fonctionnement du système une fois celui-ci adopté, et non comme des critères permettant de déterminer s'il faut opter pour un système de corégulation. Ceci a son importance, car certains de ces points sont souvent décrits comme des conditions nécessaires à l'exercice de la responsabilité et de l'indépendance. Par ailleurs, bien que le DCMS évoque l'impact sur le spectateur/le citoyen, il n'est nulle part question de la position du mineur et de la nécessité de protéger ce dernier – ces éléments ne sont *a fortiori* pas présentés comme prioritaires.

Le rapport de consultation exclut l'éventualité de l'autorégulation pour les contenus éditoriaux proposés en VOD. Bien que l'article 3, alinéa 3, de la Directive SMAV encourage les États membres à recourir à des solutions d'autorégulation ou de corégulation dans la transposition de la directive en matière de contenus éditoriaux à la demande, le DCMS a jugé qu'au vu des obligations formelles, juridiques, créées par la directive, un système d'autorégulation pour les services de médias audiovisuels à la demande ne permettrait pas la bonne mise en œuvre des dispositions de la directive au Royaume-Uni. Aux termes de la Directive SMAV, les États membres doivent veiller à ce que les services de vidéo à la demande soient réglementés, soit par un système mis en œuvre par les institutions étatiques et/ou par un organisme de régulation institué par la loi, tel que l'Ofcom, soit par un système de corégulation. Le DCMS a par conséquent analysé trois autres modèles possibles :

- un modèle prévoyant la nomination directe, par le DCMS, d'une instance de corégulation qui se verrait déléguer les responsabilités de réglementation (« CR1 ») ;
- un modèle dans lequel les pouvoirs de l'Ofcom seraient élargis pour englober les services à la demande ; l'Ofcom déléguerait des pouvoirs à un organisme de corégulation qui établirait et veillerait à l'application des codes (« CR2 »). Ce modèle est semblable à celui qui est actuellement en vigueur concernant l'ASA et la publicité ; et
- une régulation assurée par l'Ofcom lui-même, avec le recours à des codes, là encore, pour préciser les obligations. C'est, sur le fond, le modèle utilisé pour la radiodiffusion.

39) DCMS, rapport de consultation, par. 9.

Le rapport de consultation émet une préférence pour le modèle CR2, sans identifier un organisme particulier pour assurer le rôle d'instance de corégulation – il est toutefois peu probable qu'il y ait au final plus d'une instance de corégulation. L'adoption d'une approche prévoyant plusieurs instances de réglementation pour un même domaine susciterait le trouble et n'irait pas dans le sens d'un système efficace.

Le Broadband Stakeholders Group (BSG) (qui compte parmi ses membres l'Ofcom et des instances telles que l'ATVOD) s'est montré très critique quant au diagnostic exprimé par le gouvernement sur les insuffisances de l'autorégulation. Il n'a toutefois avancé aucune raison pour motiver ces critiques, et ne s'est pas prononcé sur la nécessité de protéger certains droits fondamentaux tels que ceux garantis par la Cnude ou la CEDH. Autre point intéressant, l'intervention du BSG a permis à certaines parties prenantes de s'exprimer à plusieurs reprises sous plusieurs couvertures : la BBC, qui est l'un de ses membres, a également répondu directement à la consultation ; il en va de même pour l'ATVOD. Même s'il est évident que le DCMS connaît l'identité des membres du BSG, ces réponses multiples de la part d'un même organisme semblent légèrement suspectes – comme un « deuxième tour de piste » qu'il s'octroierait de façon illicite.

On peut également se demander si l'ATVOD et l'IMCB constituent des modèles souhaitables. Comme nous l'avons vu, malgré la mise en avant de l'ATVOD, cette dernière n'est pas la seule prétendante pour assumer ce rôle. Les performances de l'ATVOD et de l'IMCB n'ont guère impressionné jusqu'à présent ; ceci s'explique peut-être par le fait que le secteur qu'elles réglementent est encore balbutiant (on notera toutefois que les acteurs de ce secteur sont des sociétés bien implantées dans des secteurs connexes). Dans ce contexte, et au vu des critères mis en avant par le DCMS, il faut également noter que ni l'ATVOD ni l'IMCB ne jouit d'une bonne réputation (ce qui pose des problèmes en termes de légitimité et de confiance) et que ces organismes sont tous deux centrés sur les intérêts du secteur, et peu tournés vers les spectateurs. A l'inverse, le BBFC semble bénéficier de financements plus stables ; il est également bien implanté et mieux connu (tout comme les normes qu'il applique), et mène en outre des études plus nombreuses sur les attentes du public. Les codes – ceux de l'ATVOD comme de l'Ofcom – se réfèrent aux normes du BBFC, ce qui indique que ce système fait dans une certaine mesure autorité.

L'un des critères retenus par le DCMS est celui de la cohérence entre les normes régissant les différents types de contenus audiovisuels. Une telle approche favorise elle aussi un système fondé sur les normes du BBFC, puisque celles-ci ont déjà été intégrées dans les codes de l'Ofcom et de l'ATVOD. Il est intéressant de noter que le BSG a critiqué le DCMS pour avoir retenu ce critère, mais qu'il n'a, là encore, pas motivé ses reproches, et a souligné au contraire que les consommateurs étaient conscients des différences existant entre les diverses formes de communication. La cohérence entre les normes (même si le niveau de la réglementation peut varier) a pourtant son importance. Si les frontières tracées dans la Directive SMAV ont un sens du point de vue des prestataires techniques et des fournisseurs de services, la distinction est beaucoup moins claire du point de vue du spectateur. Il est peut-être trop tard à présent pour débattre de ce point, mais on peut noter que les services et les catégories sont potentiellement poreux, et que les frontières internes à la Directive SMAV sont aussi susceptibles d'être brouillées que ses limites extérieures⁴⁰. Ce qui est ainsi suggéré, c'est que cette absence de séparation univoque doit être prise en compte pour proposer un système de régulation, afin que les services non linéaires ne se trouvent pas déconnectés des services linéaires. L'Ofcom a beau sous-entendre que les spectateurs s'attendent à avoir affaire à des systèmes différents, cela ne signifie pas que ces systèmes doivent être trop disparates, ni qu'il serait souhaitable qu'ils le soient. Selon l'auteur, le système fondé sur le volontariat récemment instauré par le BBFC⁴¹ pourrait facilement être étendu, ce qui permettrait d'appliquer un système de classification commun aux mêmes contenus quel que soit leur mode de distribution. Les principes de classification fondés sur l'âge pourraient être appliqués à d'autres types de contenus audiovisuels.

Dernier point en ce qui concerne les normes portant sur les contenus en vidéo à la demande, le rapport de consultation ne se prononce pas sur la façon dont les codes (qu'il s'agisse de ceux relatifs aux contenus généraux ou à la publicité) « assureront » la protection des enfants, en temps normal et

40) Voir l'article de Nico van Eijk dans la présente publication.

41) Il ne s'agit pas de suggérer que le système mis en place par le BBFC serait parfait ; il ne l'est pas, mais il est probablement meilleur que celui de l'ATVOD, en termes de transparence, d'accès et d'intérêt du public. Voir L. Woods *Legal and Extra-legal Regulation in the UK* dans Walden and Goldberg (éds), *Media Law and Practice*, (OUP), à paraître.

en toutes circonstances, étant donné la disponibilité de certains programmes qui peuvent être téléchargés à toute heure et partout. Ce sujet est laissé à de futurs débats, ce qui est quelque peu inquiétant : le statut des organismes chargés de la mise en application de l'obligation fixée par la directive est certes important, mais le contenu des règles ainsi que la recevabilité des excuses de nature technique sont également d'une importance centrale pour la protection des mineurs.

Les réponses à la consultation ont montré un large consensus quant à l'acceptabilité des critères identifiés par le gouvernement en vue du choix d'une instance de régulation pour la VOD. Des propositions complémentaires ont même été émises, notamment la nécessité de rendre des comptes et le besoin de neutralité ; des exigences en matière de bonne gouvernance ont également été avancées comme étant importantes⁴². Il ressort de sa déclaration au parlement que le gouvernement a opté pour le modèle CR2, sans toutefois définir sa forme précise ni l'organisme choisi. Le gouvernement met actuellement sur pied un groupe de travail sous l'égide du secteur audiovisuel pour approfondir les modalités de la mise en œuvre de ce système. On ignore encore de quelle liberté disposera ce groupe quant à la nature, à la forme, à la structure et aux membres de la future instance. On ignore également comment les intérêts des spectateurs, et notamment ceux des mineurs, seront pris en compte dans le système. Si la définition des normes est laissée intégralement aux mains des acteurs du secteur, il est toutefois à craindre que les normes retenues correspondent au minimum admissible aux termes de la Directive SMAV.

En tout état de cause, le travail d'affinement à accomplir reste substantiel. Si l'instance de corégulation n'est pas prête à temps pour la date prévue de mise en œuvre de la Directive SMAV, le DCMS a précisé que l'Ofcom assurerait la fonction de régulation pendant l'intérim, puisque la législation doit quoi qu'il en soit être amendée pour conférer ces pouvoirs à l'Ofcom, même s'il est prévu que ce dernier les délègue par la suite. Un instrument statutaire, sous la forme d'une ordonnance, sera présenté au parlement à l'automne. Il amendera la loi sur les communications de façon à conférer les pouvoirs nécessaires à l'Ofcom. Le projet d'ordonnance devrait être consultable en juillet. Un autre avantage du modèle CR2 apparaît ici : le gouvernement ne risque pas d'être pris en otage par le secteur audiovisuel sur la question de l'application dans les temps de la Directive SMAV. En effet, les amendements législatifs devront être mis en œuvre dans tous les cas et en cas de retard, l'Ofcom pourra combler le vide législatif.

2. Choix du mode de régulation pour la publicité

En matière de publicité, le rapport de consultation a adopté une approche analogue à ce qu'il avait suggéré pour la régulation des services de VOD. Dans ce domaine, il renvoie d'ailleurs au débat sur la pertinence de l'autorégulation, de la corégulation ou de la régulation pour les contenus éditoriaux, ainsi qu'aux instruments juridiques en découlant et permettant de concrétiser l'approche retenue. Sans relier explicitement le débat sur la forme la plus adaptée aux questions propres à la publicité, le rapport de consultation propose quatre modèles envisageables pour la publicité en ligne⁴³ :

- faire appel à l'ASA comme instance de corégulation, avec des pouvoirs délégués (« CR1 ») ;
- faire appel à l'instance de corégulation pour les contenus de vidéo à la demande, qui deviendrait également l'instance de corégulation pour la publicité (« CR2 ») ;
- créer une instance de corégulation distincte (« CR3 ») ; et
- faire appel à l'instance de corégulation responsable des contenus de vidéo à la demande, en exigeant toutefois qu'elle délègue les tâches de réglementation à un autre organisme, par exemple l'ASA (« CR4 »).

42) DCMS, *Summary of Responses*, op. cit., p. 17.

43) On notera que le rapport de consultation identifie aussi un problème de champ de réglementation, selon l'interprétation donnée à l'article 3 *sexies* de la Directive SMAV. On peut considérer que le terme « accompagnant » se réfère aux publicités diffusées avant, pendant ou après un programme particulier. Ici, la réglementation couvre simplement la publicité à laquelle le spectateur est exposé parce qu'il a choisi de visionner un programme précis. La réglementation pourrait en complément s'appliquer à toute publicité à laquelle le spectateur est exposé du seul fait qu'il accède à un service de vidéo à la demande. Dans son discours ministériel, Andy Burnham a déclaré que l'intention du gouvernement était que la réglementation « couvre toute publicité dans les services de vidéo à la demande, tant celle qui est incluse dans les programmes que celle qui les accompagne ». Discours disponible sur : http://www.culture.gov.uk/reference_library/minister_speeches/5932.aspx

Parmi ces possibilités, les modèles CR3 et CR4 ne semblent qu'ajouter encore à la complexité du cadre. Avec le modèle CR2, il y aurait un seul organisme de régulation pour tous les contenus non linéaires, ce qui relèverait d'une certaine logique. Cette approche n'irait toutefois pas dans le sens d'une convergence de la régulation et pourrait conduire à des divergences inutiles dans le traitement de contenus similaires (publicitaires) sur différentes plateformes. Le modèle CR1 permettrait une approche commune de la publicité dans son ensemble : au vu de l'efficacité de l'ASA et du fait que le système de corégulation pour la publicité radiodiffusée semble avoir bien fonctionné jusqu'à présent, ce choix semblerait logique. Il ressort du rapport de consultation que le DCMS et les personnes consultées semblent en faveur du modèle CR1.

On notera que l'approche adoptée par le rapport de consultation visait la structure plutôt que le fond, et était en quête de systèmes plutôt que de dispositions juridiques précises, tant ici, pour la publicité, qu'en matière de régulation des contenus éditoriaux. Les obligations précises fixées par la Directive SMAV figureraient dans le code que serait habilité à établir l'organisme de régulation ou de corégulation. Certains groupes de consommateurs ont critiqué la consultation à cet égard. Le rapport de consultation se réfère globalement à certaines « normes minimales » qui devraient s'appliquer aux contenus publicitaires, sans identifier ces normes. Les critiques ont suggéré que la consultation aurait été beaucoup plus utile si ces « normes minimales » avaient été précisées. Là encore, ceci fait naître des inquiétudes quant au niveau de protection qui sera accordé aux mineurs.

Il reste bien sûr à voir si les difficultés de mise en œuvre seront aussi vives en matière de publicité que pour les contenus éditoriaux ; il semble que le travail restant à accomplir soit moindre. Dans sa déclaration ministérielle, Andy Burnham a annoncé que l'Ofcom se verrait octroyer des pouvoirs pour réguler la publicité dans les services à la demande et que « [l]e gouvernement souhait[ait] également que l'Ofcom désigne l'Autorité chargée des normes publicitaires (ASA) pour les réguler et lui délègue des pouvoirs⁴⁴. » Ceci n'est guère surprenant, car cette approche semble avoir été accueillie favorablement par la plupart de ceux qui se sont prêtés à l'exercice de la consultation. L'Ofcom et l'ASA travaillant déjà de concert concernant la publicité radiodiffusée, il existe un modèle disponible qui peut être utilisé, ce qui réduit une partie du travail de « création » et de débat qui sera nécessaire pour les contenus éditoriaux. Les changements apportés aux pouvoirs de l'Ofcom, qui forment la base du système, seront intégrés dans la loi sur les communications au moyen d'un instrument législatif, comme nous l'avons précisé plus haut. Néanmoins, certains points de détail doivent encore être précisés (ainsi, l'Advertising Standards Authority (Broadcast) Limited, ASA(B), sera-t-elle l'organisme responsable ?) et, comme l'a indiqué le ministre, l'ASA aura un rôle à jouer dans la définition de la publicité et des normes à appliquer, notamment en ce qui concerne le niveau de protection à accorder aux mineurs. Avant de critiquer trop fortement le gouvernement qui pourrait sembler abdiquer ses responsabilités en matière de régulation, il y a lieu de noter que l'Ofcom conservera, dans tous les cas, un pouvoir d'intervention en cas de dysfonctionnement grave et que l'ASA est globalement considérée comme un organisme de (co)régulation efficace.

V. Conclusions

Il semble évident, depuis quelque temps déjà, que le système actuel de régulation des contenus à la demande ne suffira pas à répondre aux exigences de la Directive SMAV et que des changements seront par conséquent nécessaires. Il semble tout aussi évident qu'il existe au sein du système britannique des modèles opérationnels en matière de régulation des contenus audiovisuels, modèles qui pourraient être adaptés aux contenus à la demande, même si certaines questions difficiles doivent encore faire l'objet de débats quant à la façon d'assurer une régulation efficace face aux difficultés pratiques. Il faut remarquer que la mise en œuvre de la Directive SMAV s'est pour une bonne part focalisée sur la question de l'identité de l'instance de régulation et du mode de régulation à adopter. Si le choix de la structure de régulation a évidemment un impact sur les choix de régulation et l'efficacité du système dans son ensemble, le niveau et la nature de la régulation des contenus ont aussi leur importance. En réalité, ces deux aspects sont liés. Il semble que la mise en œuvre du fond de la Directive SMAV sera fonction de l'instance à laquelle sera confiée la responsabilité de réguler les contenus à la demande au moyen de codes. Puisque l'objet du présent article est plus particulièrement la protection des mineurs,

44) Discours ministériel, *Written Ministerial Statement on the implementation of the Audiovisual Media Services Directive*, 11 mars 2009, disponible sur : http://www.culture.gov.uk/reference_library/minister_speeches/5932.aspx

deux éléments méritent d'être notés. Le premier est l'impact des organismes professionnels sur l'adoption des politiques, en particulier eu égard au rôle des acteurs du secteur dans la désignation de l'instance de corégulation, et, par suite, à la mise en œuvre substantielle des dispositions portant sur la VOD. Si le recours à l'ASA, organisme expérimenté, pourrait limiter les problèmes, de nombreuses questions restent ouvertes en ce qui concerne l'instance de corégulation dans le domaine de la VOD. Le second est le fait que le rapport de consultation n'aborde pas la protection des mineurs, à l'exception de l'étude menée sur les aliments à faible valeur nutritive. Nous avons signalé que cette omission pourrait venir du fait que la protection des mineurs est un sujet faisant consensus. Toutefois, faute d'une attention suffisante portée à ces questions, les niveaux de protection adoptés pourraient au final être inadaptés ou minimalistes, alors même que la Directive SMAV autorise des dispositions assez rigoureuses à titre de mesure d'harmonisation minimale. L'Ofcom, instance de régulation qui conservera un pouvoir d'intervention en cas de dysfonctionnement grave, s'assurera certes que les codes adoptés correspondent au moins aux exigences minimales de la directive ; mais les deux facteurs mentionnés ne semblent pas aller dans le sens de la primauté des intérêts de l'enfant exigée par la Cnude. Au vu du niveau de protection actuel et, plus spécifiquement, des lacunes constatées en matière de protection, on peut affirmer que le nouveau système devra représenter une amélioration par rapport à l'ancien.

Compétence territoriale et coopération

L'exemple du Luxembourg

Tom Krieps

Conseil National des Programmes, Luxembourg

Le présent article porte plus spécialement sur le point de vue de l'instance de régulation luxembourgeoise quant à l'application de la Directive Services de médias audiovisuels (SMAV). Les dispositions en matière de compétence territoriale et de coopération de la directive ont été modifiées. S'agissant des compétences des autorités réglementaires en matière d'émissions provenant de pays tiers, l'évolution de ce modèle est sans doute due à l'affaire *Al Manar*¹. Plusieurs points concernés restent à l'évidence à éclaircir, notamment en déterminant et en s'accordant sur les mesures qui doivent être prises par chaque instance de régulation, mais également en activant l'échange d'informations et la coopération entre ces mêmes instances et la Commission européenne. Cette question a été abordée tout récemment lors de la réunion en décembre du Comité de contact créé en vertu de l'article 23bis de la Directive Télévision sans frontières (TSF).

Afin de préciser d'emblée le fond du présent article, il convient de souligner que cette nouvelle directive imposera aux instances de régulation des pays européens une étroite collaboration. C'est tout particulièrement le cas pour les pays qui disposent d'une capacité satellitaire et/ou d'équipements de liaison montante, notamment pour ce qui est de la capacité destinée à la transmission d'émissions provenant de pays tiers, dans la mesure où cette situation pourrait relever de la compétence d'une autre autorité réglementaire.

I. La détermination du lieu d'établissement

Les critères de détermination du lieu d'établissement du diffuseur sont particulièrement importants puisqu'ils permettent de définir de quelle compétence territoriale relève un fournisseur donné de services de médias audiovisuels. À l'exception des critères auxiliaires (voir ci-dessous), la Directive SMAV reste fidèle aux principes applicables au titre de l'article 2 de la Directive TSF, pour déterminer le pays dans lequel un fournisseur de services de médias audiovisuels est établi. En vertu de l'article 2 de la Directive SMAV, ces critères demeurent par conséquent le siège social, les décisions éditoriales, la part significative de l'effectif employé et le lien stable et réel. Ces éléments doivent être vérifiés conformément aux règles suivantes :

- Le siège social du fournisseur de services de médias détermine le lieu d'établissement à condition que ce dernier soit un État membre et que les principales décisions éditoriales soient prises dans ce même État membre.
- Si les décisions éditoriales sont prises dans un autre État membre, le lieu d'établissement est réputé être situé dans l'État membre où opère une part importante de l'effectif employé à l'exercice des activités de services de médias audiovisuels.

1) Voir Amélie Blocman, *Eutelsat doit cesser de diffuser Al Manar TV*, IRIS 2005-2 : 12, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/2/article21.en.html>

- Si ces éléments ne permettent pas de trancher, dans la mesure où l'effectif employé travaille dans chacun de ces deux États membres, le lieu d'établissement est fonction du siège social ; en revanche, si l'effectif employé n'exerce son activité dans aucun des deux pays, le lieu d'établissement est l'État membre dans lequel le fournisseur de services de médias audiovisuels a débuté son activité, à condition qu'il conserve avec cet État membre un lien économique stable et réel.
- Si le siège social et le lieu de prise de décisions relatives aux services se trouvent dans des pays différents dont un seul aurait la qualité d'État membre, le fournisseur de services de médias est réputé être établi dans l'État membre en question, sous réserve que ce dernier satisfasse également à une part importante du critère de l'effectif employé.

Le litige qui a récemment concerné RTL² illustre parfaitement la difficulté de déterminer, en fonction de ces règles, le lieu d'établissement d'un radiodiffuseur.

TVi, société de radiodiffusion relevant du droit belge et filiale de la société de radiodiffusion luxembourgeoise CLT-UFA, disposait d'une licence belge pour ses services de radiodiffusion en Belgique. Après expiration de sa licence en 2005, TVi avait poursuivi la fourniture de ses services en Belgique sur les réseaux RTL-TVi et Club RTL TV. La chaîne soutenait y être autorisée au titre de la licence de CLT-UFA qui lui avait été accordée la même année par le Gouvernement luxembourgeois. TVi et CLT-UFA affirmaient que l'activité éditoriale de RTL-TVi et de Club RTL était à présent assurée par CLT-UFA et que, conséquemment, les services de radiodiffusion étaient fournis au titre de la licence de CLT-UFA.

En 2006, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (autorité de régulation de l'audiovisuel de la communauté francophone – CSA) a contesté ce point de vue, en affirmant à l'inverse que TVi poursuivait la réalisation des programmes et que ces décisions éditoriales étaient prises en Belgique. D'après le CSA, TVi devait par conséquent être titulaire d'une licence belge.

Le 15 janvier 2009, le Conseil d'État (juridiction administrative belge) a infirmé la décision du CSA par laquelle ce dernier avait infligé une amende à TVi pour radiodiffusion sans licence. Le Conseil d'État n'a pas procédé à la vérification du respect des critères d'application de la Directive TSE. Il a préféré fonder son arrêt sur le fait non contesté que RTL-TVi et Club RTL exerçaient leur activité sur la base d'une licence octroyée par le Luxembourg. Selon le Conseil d'État, le CSA n'était habilité ni à vérifier la conformité de l'octroi de la licence de CLT-UFA avec les principes de compétence territoriale, ni à contester la validité des clauses consacrées aux services en question. Cette vérification serait l'apanage des enquêtes « diplomatiques ou portant sur la compétence territoriale ». Le Conseil d'État a par conséquent conclu que si la radiodiffusion en question relevait d'une licence luxembourgeoise, TVi pourrait bénéficier du principe communautaire de libre circulation des services. La chaîne ne pourrait donc pas être contrainte à une nouvelle procédure d'octroi de licence dans un autre État membre. Le Conseil d'État a estimé qu'en l'espèce, la question visant à déterminer si l'octroi de cette licence avait été conforme ou non aux dispositions législatives était hors de propos.

L'arrêt rendu le 15 janvier 2009 par le Conseil d'État a indiqué qu'il appartient aux juges d'apporter une solution à cette problématique en tranchant le nœud gordien et en déclarant que la question n'est pas de savoir qui est l'éditeur des programmes mais de quelle compétence territoriale ils relèvent :

« Considérant que la discussion sur la question de savoir qui, de CLT-UFA ou de TVI, a la qualité d'éditeur de service est dépourvue de pertinence dès lors que ce sont les programmes qu'elles éditent et non les organismes qui les éditent, qui font l'objet des concessions luxembourgeoises ».

Les juges ont à l'évidence su manier le glaive tel Alexandre le Grand.

Plus généralement, si le siège social du fournisseur de services de médias se trouve dans un État membre donné et que les décisions éditoriales relatives aux services de médias audiovisuels sont prises dans ce même État membre, il est relativement simple de déterminer le lieu d'établissement du fournisseur. Cette tâche peut s'avérer plus ardue dans les cas de figures où le siège social du fournisseur de services ne se trouve plus dans l'État membre concerné, les décisions sont prises dans un autre pays

2) SA *TVi et S.A. de droit luxembourgeois CLT-UFA c. CSA, Conseil d'État*, section du contentieux administratif, arrêt n° 189.503, 15 janvier. Pour de plus amples détails, voir Philippe Laurent et Olivier Sasserath, [BE] *Le groupe RTL gagne contre le CSA*, IRIS 2009-4 : 5, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2009/4/article5.en.html>

et un certain nombre d'employés travaillent dans cet autre pays. Que peut-on en conclure ? Le seuil pertinent de l'effectif se situe-t-il à hauteur de 100 ou de 200 employés ? Si l'on se réfère à nouveau à l'affaire RTL, du fait de cette insécurité, il semble que la question n'ait toujours pas été tranchée par cet arrêt puisqu'une décision gordienne est toujours contestable.

II. Les conséquences concrètes de l'inversion des critères auxiliaires

Alors que les principales dispositions de la Directive TSF visant à déterminer le lieu d'établissement ont été adoptées par la Directive SMAV, des modifications ont été apportées aux critères auxiliaires qui entrent en action lorsque les règles précitées ne donnent aucun résultat.

1. La situation actuelle au Luxembourg

La Directive SMAV prévoit (Art. 2 Para. 4) une inversion³ des critères auxiliaires.

4. Les fournisseurs de services de médias auxquels ne s'applique pas le paragraphe 3 sont réputés relever de la compétence d'un État membre dans les cas suivants :

- (a) s'ils utilisent une liaison montante vers un satellite située dans cet État membre ;
- (b) si bien que n'utilisant pas une liaison montante vers un satellite située dans cet État membre, ils utilisent une capacité satellitaire relevant de cet État membre.

S'agissant de la situation au Luxembourg, il existe une grande capacité satellitaire exploitée par SES ASTRA. Un petit pays doté d'une grande capacité satellitaire : la faible superficie de son territoire a sans doute conduit le Luxembourg à se tourner vers les possibilités illimitées qu'offre l'espace. Cette question a déjà été soulevée à l'occasion de la Directive TSF : « Comment un petit pays comme le nôtre peut-il faire face aux difficultés engendrées par cette situation ? ». Un nombre considérable de programmes proviennent de pays tiers. La solution prévue par la législation luxembourgeoise consiste à imposer à SES ASTRA d'indiquer l'ensemble des chaînes transmises par ses systèmes au Commissaire du gouvernement, lequel n'est pas membre du Conseil National des Programmes (CNP), mais appartient à un organe administratif, le Service des Médias et des Communications (SMC). Il est également particulièrement intéressant de noter que SES ASTRA demande à ses clients de lui indiquer l'autorité compétente dont relèvent les services transmis. Cette démarche pourrait être motivée par une volonté d'inciter l'ensemble de ses clients à relever de la compétence d'un État membre de l'Union européenne de manière à éviter les problèmes rencontrés par les autorités françaises dans l'affaire *Al Manar*.

Dans la mesure où le SMC et le CNP doivent être informés de toute modification relative à l'occupation de la capacité satellitaire d'ASTRA, la tenue de réunions régulières entre ces deux instances est particulièrement importante pour faire une mise au point de la situation. À ce jour, aucun programme provenant d'un pays tiers n'a relevé de la compétence territoriale du Luxembourg. Il semble cependant qu'en vertu des dispositions de la nouvelle directive, l'Office des Communications (Ofcom) ait estimé que certains programmes provenant de pays tiers et transmis par SES ASTRA échapperont à son contrôle. Le Luxembourg devrait alors faire valoir sa compétence territoriale, perspective qui entraînerait un bouleversement significatif. Cependant, dès le printemps 2008 à Riga lors de la réunion de la Plateforme européenne des instances de régulation (EPRA), l'Ofcom envisageait de revenir sur sa décision et de continuer à assurer la régulation de ces programmes. En conséquence, le Luxembourg n'aura plus aucune raison d'intervenir. Néanmoins, si l'Ofcom venait à modifier son point de vue, les programmes provenant par exemple du Pakistan, d'Inde ou d'autres pays asiatiques relèveraient de la compétence territoriale luxembourgeoise.

3) La Directive TSF, telle qu'amendée en 1997, disposait ce qui suit : « 4. Les organismes de radiodiffusion télévisuelle auxquels ne s'appliquent pas le paragraphe 3 sont réputés relever de la compétence d'un État membre dans les cas suivants :

- (a) s'ils utilisent une fréquence accordée par cet État membre ;
- (b) si, n'utilisant pas une fréquence accordée par un État membre, ils utilisent une capacité satellitaire relevant de cet État membre ;
- (c) si, n'utilisant ni une fréquence accordée par un État membre ni une capacité satellitaire relevant d'un État membre, ils utilisent une liaison montante vers un satellite, située dans cet État membre ».

2. Les contacts entre le CNP et ASTRA

Le CNP entretient une étroite collaboration avec ASTRA pour tous les programmes transmis par ses satellites au moyen d'une fréquence luxembourgeoise. Parmi ceux-ci figurent les programmes érotiques non animés. Il semble que ces programmes aient fait l'objet de « *Unbedenklichkeitsbescheinigungen* » émis par les autorités des médias allemandes. Il s'agit de certificats indiquant qu'un programme n'est pas considéré comme une émission télévisuelle au sens de la législation allemande relative à la radiodiffusion (*Rundfunkstaatsvertrag*, Traité inter-Länder sur la radiodiffusion) mais plutôt comme un « télé média » (services télémedia), lequel ne nécessite pas d'autorisation supplémentaire. Les radiodiffuseurs peuvent ainsi proposer sans aucune licence ces programmes au public. Le CNP a été sollicité par diverses autorités, y compris l'Ofcom, pour fournir des précisions sur l'ensemble des fréquences et également, plus important encore, les détails des liaisons montantes des services en question. La possibilité d'obtenir cette information est à l'évidence la clé de l'ensemble du débat.

3. Le contrôle au titre de la Directive TSF

Selon le critère satellitaire, une chaîne ne pourrait relever de la compétence territoriale du Luxembourg qu'à condition que le radiodiffuseur soit établi dans un pays tiers et qu'aucun autre État membre ne soit compétent. La nécessité d'un contrôle reposait initialement, c'est-à-dire au titre de la Directive TSF, premièrement sur la capacité satellitaire et deuxièmement sur le critère de liaison montante.

Le ministère luxembourgeois compétent estimait que si un programme relevait de la compétence d'un quelconque État européen en vertu d'une autorisation ou d'une licence adéquate octroyée par ce pays, il devrait systématiquement continuer à relever de cette compétence. En d'autres termes, la compétence territoriale n'en serait pas modifiée même si l'application des dispositions de l'article 2 ne reconnaissait plus cette qualité à l'autorité compétente de départ. Cette position semblait cependant discutable.

La complexité des questions s'est accrue au fil des années du fait de la revente des capacités qui, comme l'affirmait ASTRA, signifiait que l'opérateur final restait inconnu. Ce cas de figure a pu présenter quelquefois mais tenait vraisemblablement à l'absence de rapport contractuel direct entre ASTRA et l'utilisateur de la capacité satellitaire. D'autres problèmes sont liés à la numérisation et à l'augmentation consécutive du nombre de chaînes disponibles au sein des multiplexes. Il s'agit là d'un problème crucial dans la mesure où l'arrêt de la diffusion d'un programme « illicite » par un multiplexe pourrait entraîner l'arrêt simultané de la diffusion de six, sept ou huit programmes « licites ». Tel est en effet le risque que court ASTRA, s'il interrompt à la fois un programme précis pour infraction à la législation applicable et les autres programmes contenus dans le multiplexe qui, pour leur part, sont parfaitement conformes à la législation. L'affaire *Al Manar* illustre ce problème : une seule chaîne libanaise proférait des discours de haine, alors que l'ensemble des autres programmes de ce multiplexe respectaient la législation. Un opérateur satellitaire qui procéderait à la coupure d'un multiplexe pourrait être confronté à un grand nombre de difficultés juridiques.

4. Le contrôle au titre de la Directive SMAV

L'inversion des critères auxiliaires signifie que la compétence territoriale principale ne relève plus de l'État qui dispose de la capacité satellitaire. Cette compétence appartient désormais à l'État membre dans lequel s'effectue la liaison montante. Il est jugé plus simple dans ce cas de procéder à la coupure du signal d'une chaîne dans l'équipement de liaison montante qu'à cesser sa transmission depuis le transpondeur du satellite lui-même.

Dans la situation actuelle, comme l'a indiqué le Gouvernement luxembourgeois au CNP, cela signifie qu'il n'existe aucune chaîne provenant de pays tiers qui utilise une liaison montante d'ASTRA ni aucune autre liaison montante située au Luxembourg. Cette description de la situation n'est pas tout à fait exacte puisque certaines chaînes de pays tiers utilisent une liaison montante depuis le Luxembourg. Ces chaînes en question disposent cependant d'une licence octroyée par un autre État européen ; la liaison montante de la chaîne Al Jazeera, par exemple, utilise une liaison montante depuis le Luxembourg.

De même, il convient également d'envisager une situation théorique qui pourrait survenir : imaginons qu'une chaîne d'un pays tiers utilise une liaison montante située dans un autre pays tiers

mais que ses programmes soient transmis par ASTRA. Il ne fait aucun doute que dans ce cas de figure, la chaîne relève de la compétence territoriale luxembourgeoise. Mais qu'en est-il dans le cas suivant : si la liaison montante s'effectue depuis un pays tiers mais que les signaux sont ensuite transmis par ASTRA vers une autre station de liaison montante, la chaîne ne relèverait alors pas de la compétence territoriale du Luxembourg. Il est par conséquent primordial de localiser avec précision les liaisons montantes. Les opérateurs satellitaires doivent parfaitement connaître le lieu où s'effectue la liaison montante.

Il peut arriver qu'une chaîne décide de migrer vers un autre État membre qui possède davantage de liaisons montantes. Certains pays, le Royaume-Uni par exemple, disposent d'un plus grand nombre d'équipements et de capacités de liaisons montantes que d'autres États. Un système d'échange d'informations a déjà été mis en place entre l'Ofcom et le CNP. D'autres autorités réglementaires souhaiteraient également s'y joindre. Il existe par conséquent une volonté de mettre au point une liste actualisée au mieux de l'ensemble des liaisons montantes. Il sera possible à partir de cette liste de constater que certains États membres disposent d'un nombre plus important de liaisons montantes, alors que pour d'autres, par exemple la France et le Luxembourg, ce chiffre est relativement faible.

III. Perspectives

Gardons à l'esprit qu'il est plus simple de modifier une liaison montante qu'un satellite. À cet égard, d'aucuns pourraient affirmer qu'il existe un inconvénient au nouveau système : une chaîne diffusant un programme véhiculant un discours de haine, lorsqu'elle est confrontée à l'autorité de régulation de l'État membre qui exerce sa compétence territoriale – puisqu'il s'agit du pays depuis lequel s'effectue la liaison montante – et souhaite prendre des mesures à l'encontre de ce programme, pourrait aisément choisir d'utiliser une nouvelle liaison montante depuis un autre État membre ; le programme et les débats qu'il suscite recommenceraient ainsi indéfiniment. Si le fournisseur concerné, après avoir été poursuivi par diverses autorités, décidait finalement d'utiliser la liaison montante d'un pays tiers, il appartiendrait à nouveau à l'État auquel la capacité satellitaire est accordée d'exercer sa compétence territoriale.

La création d'ici à l'été 2009 d'une liste mentionnant les opérateurs susceptibles de relever d'une compétence territoriale différente a été approuvée lors de la réunion de décembre 2008 du Comité de contact. Au Luxembourg, cette liste doit être établie par le gouvernement. Ce dernier a cependant souligné, comme nous l'avons mentionné précédemment, que les informations relatives aux fournisseurs de liaisons montantes ne sont pas toutes disponibles du fait de la mutation plus ou moins constante de la situation.

IV. Conclusion

Enfin, il convient de mettre en avant combien il importe d'améliorer la coopération entre les autorités de contrôle et les autorités réglementaires en Europe, ainsi que de redoubler d'efforts pour créer et faire converger des bases de données actualisées et fiables, y compris, et il s'agit là d'un nouvel élément, une base de donnée des équipements de liaison montante.

Les mesures limitant la libre prestation de services

Discours de haine, dignité humaine et contenus préjudiciables – focus France

*Martine Coquet
CSA France*

I. Introduction

La Directive Services de médias audiovisuels (SMAV) a pour objectif principal de favoriser la circulation des services de radiodiffusion télévisuelle et des services de médias audiovisuels à la demande au sein de l'Union européenne.

Son fonctionnement repose sur le principe du pays d'origine :

- Un service de média audiovisuel relevant de la compétence d'un État membre est tenu de respecter les règles de droit applicable dans cet État, soit les normes minimales posées par la directive, le cas échéant renforcées ou détaillées au niveau national (article 2 alinéa 1 SMAV) ;
- En contrepartie, le service peut être librement reçu dans les autres États membres qui ne sauraient entraver sa retransmission sur leur territoire pour des raisons relevant des domaines coordonnés par la directive (article 2 *bis* alinéa 1 SMAV).

Ainsi la loi française du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication prévoit notamment que les services de télévision relevant de la compétence d'un autre État membre peuvent être diffusés sans formalité préalable.

Mais lorsqu'un service relevant de la compétence d'un État membre – soit parce qu'il est établi dans cet État, soit parce qu'établi en dehors de l'Union européenne, il est rattaché à la compétence de cet État en application des critères techniques de la directive – ne respecte pas le droit national en vigueur, l'État membre est fondé à prendre des mesures à l'encontre du fournisseur du service. Il en est responsable vis-à-vis de ses partenaires européens.

Si, malgré ces précautions, un service établi dans un État membre contrevient à certains grands principes de la directive, il existe une clause de sauvegarde permettant à l'État membre de réception de prendre des mesures restrictives à l'encontre de ce service. Cette capacité d'entrave est limitée aux cas graves.

La théorie étant posée, que nous enseigne la pratique d'un régulateur tel que le Conseil supérieur de l'audiovisuel français ? Après avoir rappelé les cadres réglementaires européen et français, l'expérience du Conseil en matière de contrôle des chaînes extracommunautaires sera présentée.

II. Rappel des dispositions pertinentes de la Directive SMAV

1. Des principes fondamentaux qui doivent être respectés par tous les services relevant de la compétence d'un État membre

La Directive SMAV prévoit que les États membres prennent les mesures appropriées pour que les services de médias audiovisuels relevant de leur compétence ne contiennent pas de programmes incitant à la haine ou préjudiciables aux mineurs.

L'article 3 *ter* SMAV dispose que les services de médias audiovisuels ne doivent contenir « aucune incitation à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité ».

En matière de protection des mineurs, la directive aménage un régime différencié pour les services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires.

L'article 22 SMAV, inchangé par rapport à la Directive Télévision sans frontières (TSF), prévoit ainsi que les émissions des organismes de radiodiffusion télévisuelle ne doivent comporter « aucun programme susceptible de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs, notamment des programmes comportant des scènes de pornographie ou de violence gratuite. Elles ne doivent pas non plus comporter de « programmes qui sont susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs », sauf s'il est assuré que les mineurs ne peuvent normalement accéder à ces programmes par leur horaire de diffusion ou toute mesure technique. Quand ces programmes sont diffusés en clair, ils doivent être signalés.

S'agissant des services de médias audiovisuels à la demande, l'article 3 *nonies* SMAV n'interdit pas a priori ceux d'entre eux « qui pourraient nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ». En revanche, ils ne doivent pas leur être accessibles.

2. Le non-respect de ces principes peut justifier une entrave provisoire à la liberté de réception

Dans la mise en œuvre de la directive, seule une raison grave, notamment tirée du non-respect des dispositions relatives à la protection des mineurs ou à l'interdiction de l'incitation à la haine, peut justifier une dérogation provisoire à la liberté de réception. La procédure est très encadrée et implique une coopération étroite entre les États membres concernés et la Commission européenne.

L'article 2 *bis* SMAV énonce de manière précise les conditions et les modalités de la mise en œuvre de la procédure de sauvegarde dont bénéficient les États membres.

En matière de radiodiffusion télévisuelle, un État membre peut entraver la retransmission d'une émission télévisée en provenance d'un autre État membre si les conditions suivantes sont remplies de manière cumulative :

- l'émission télévisée « enfreint d'une manière manifeste, sérieuse et grave l'article 22 (...), et/ou l'article 3 *ter* » ;
- cette infraction a été répétée au moins deux fois au cours des douze derniers mois ;
- l'État membre a notifié par écrit les violations observées et les mesures envisagées à l'organisme de radiodiffusion télévisuelle et à la Commission européenne ;
- les consultations avec l'État membre de transmission et la Commission n'ont pas permis de règlement amiable dans les quinze jours suivant la notification et la violation alléguée persiste.

Les mesures prises doivent être notifiées à la Commission laquelle doit se prononcer dans un délai de deux mois sur leur compatibilité avec le droit communautaire. A défaut, la Commission demandera à l'État d'y mettre fin d'urgence.

Pour les services de médias audiovisuels à la demande, les dérogations à la liberté de réception sont encore plus limitées à des cas exceptionnels.

Les mesures doivent être nécessaires pour des raisons d'ordre public (domaine des infractions pénales), de protection de la santé publique, de sécurité publique ou de protection des consommateurs.

Elles doivent être prises à l'encontre d'un service à la demande qui porte atteinte à ces objectifs ou qui présente un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs.

Elles doivent être proportionnées à ces objectifs.

Avant de prendre ces mesures, sauf urgence, l'État membre doit avoir demandé à l'État membre compétent sur le fournisseur de service concerné de prendre des mesures et avoir constaté que sa demande est restée sans suite.

Il doit également avoir notifié son intention de prendre ces mesures à la Commission et à l'État membre compétent.

La Commission examine dans les plus brefs délais la compatibilité avec le droit communautaire des mesures envisagées ou prises qui lui ont été notifiées.

III. Que prévoit le droit français ?

1. Quels sont les grands principes de la loi de 1986 applicables aux services relevant de la compétence de la France ?

1.1. Champ d'application

Les nouvelles dispositions de la Directive SMAV ont été introduites dans la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication par la loi du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision.

Le périmètre de la loi de 1986 modifiée s'étend désormais à tous les services dits de communication audiovisuelle qui incluent les services de télévision et de radio ainsi que les services de médias audiovisuels à la demande. La définition de ces derniers est reprise de la directive et de ses considérants.

La loi s'applique aux services établis en France ou aux services non européens diffusés en Europe au moyen d'une capacité satellitaire française (Eutelsat) jusqu'au 18 décembre 2009. Ces derniers sont estimés à environ 500. A compter du 19 décembre 2009, lorsque les nouveaux critères techniques de compétence subsidiaires entreront simultanément en vigueur dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne, relèveront uniquement de la compétence de la France les services non européens utilisant une liaison montante située en France ou à l'extérieur de l'Union européenne. Nombre de ces services dont la liaison montante est située dans un autre État membre passeront sous compétence de cet État.

1.2. Les règles applicables

La loi pose en son article 1^{er} le principe général selon lequel « la communication au public par voie électronique est libre ». L'exercice de cette liberté ne peut être exceptionnellement limité que dans la mesure requise notamment par le respect de la dignité de la personne humaine, de la protection de l'enfance et de l'adolescence et de la sauvegarde de l'ordre public.

Conformément à l'article 3-1 de la loi, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, autorité indépendante, garantit l'exercice de la liberté de communication dans les conditions définies par la loi. Il contribue notamment aux actions en faveur de la cohésion sociale et à la lutte contre les discriminations dans le domaine de la communication audiovisuelle.

L'article 15 de la loi vise spécifiquement la protection des mineurs et l'incitation à la haine.

Les services de communication audiovisuelle ne doivent pas mettre à disposition du public des programmes susceptibles de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs. Le droit français est ainsi plus strict que le droit communautaire en ce qu'il étend l'interdiction aux services de médias audiovisuels à la demande. S'agissant des programmes susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs, la loi prévoit que des mesures appropriées aux différents services doivent être prises pour que les mineurs n'y accèdent pas.

L'incitation à la haine ou à la violence pour des raisons de race, de sexe, de mœurs, de religion ou de nationalité est interdite dans les programmes des services de télévision.

Dans le cadre du pouvoir de recommandation qui lui est reconnu à l'article 3-1 de la loi, le Conseil a précisé l'interprétation de la loi dans des recommandations. Ces recommandations ont un caractère impératif ; leur violation peut entraîner la mise en œuvre d'une procédure de sanction.

En matière de protection des mineurs, peuvent notamment être citées :

- la recommandation du 15 décembre 2004 aux éditeurs et distributeurs de services de télévision des programmes de catégorie V (œuvres cinématographiques interdites aux moins de 18 ans et programmes pornographiques ou de très grande violence) ;
- la recommandation du 4 juillet 2006 relative à la présentation faite à la télévision d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles, de jeux vidéo et de services téléphoniques, télématiques ou de sites internet qui font l'objet de restrictions aux mineurs ;
- la délibération du 22 juillet 2008 visant à protéger les enfants de moins de trois ans des effets de la télévision, en particulier des services présentés comme spécifiquement conçus pour eux.

Dans cette dernière délibération, le Conseil demande notamment aux distributeurs de ces services de faire figurer sur leur écran, et sur celui des services, un message d'avertissement relatif aux dangers de la télévision pour les bébés.

Par ailleurs, en relation avec la problématique de l'incitation à la haine, il importe de citer la recommandation du 7 décembre 2004 à l'ensemble des services de télévision et de radio relative aux conflits internationaux et à leurs éventuelles répercussions en France.

Pour l'avenir, des recommandations pourront également être adressées aux services de médias audiovisuels à la demande.

L'ensemble des obligations auxquelles doivent se conformer les services de télévision se retrouvent dans les conventions qu'ils concluent avec le Conseil. Les services à la demande ainsi que les services de télévision non européens relevant de la compétence de la France sont exemptés de formalité préalable.

1.3. Les sanctions utilisables

Sans décrire de manière détaillée les voies d'action qui s'offrent au Conseil, il importe de rappeler qu'elles sont multiples : suspension, réduction de la durée de l'autorisation ou de la convention, sanction financière, retrait de l'autorisation ou résiliation unilatérale de la convention, diffusion d'une annonce... Une mise en demeure doit précéder la sanction. Parfois utilisée, la mise en garde n'est pas prévue dans la loi mais constitue dans la pratique du Conseil un avertissement préalable à une mise en demeure.

Dans les cas les plus sérieux, une saisine du Conseil d'État en référé est prévue afin qu'il soit ordonné le respect des obligations de la loi. Cette demande peut avoir pour objet de faire cesser la diffusion par Eutelsat d'un service de télévision non européen relevant de la compétence de la France dont les programmes portent atteinte à l'un des principes mentionnés aux articles 1^{er}, 3-1 et 15 de la loi de 1986.

2. Une clause de sauvegarde vis-à-vis des chaînes relevant de la compétence d'un autre État membre a été introduite.

Les conditions de l'article 2 bis SMAV sont transposées dans la loi de 1986 qui renvoie à deux décrets en Conseil d'État le soin d'en préciser les modalités d'application, respectivement pour les services de télévision et les services de médias audiovisuels à la demande.

IV. L'exercice du contrôle et des restrictions éventuelles par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, notamment en matière de chaînes extracommunautaires

En vertu de la responsabilité qui lui incombe vis-à-vis de ses partenaires européens, le Conseil supérieur de l'audiovisuel exerce un contrôle vigilant sur les chaînes non européennes qui relèvent de sa compétence et seraient susceptibles d'enfreindre l'interdiction d'incitation à la haine.

Le tableau ci-dessous résume les interventions en ce sens du Conseil qui a utilisé diverses voies d'action à sa disposition :

2003 ESC (égyptienne)	Mise en garde du diffuseur
2004 Al Manar (libanaise)	Saisine en référé du Conseil d'État pour qu'il ordonne la cessation de la diffusion du service et résiliation de la convention
2004 Al Alam (iranienne)	Mise en garde du diffuseur
2005 Sahar 1 (iranienne)	Mise en demeure à Eutelsat de cesser la diffusion du service
2006 Iqra (saoudienne)	Mise en garde du diffuseur
2007 Al-Zawra (irakienne)	Mise en demeure à Eutelsat de cesser la diffusion du service
2008 Al Aqsa (palestinienne)	Mise en garde adressée à Eutelsat

Le cas récent d'Al Aqsa a notamment soulevé la question de la compétence de la France sur un service reçu aux marges de l'Europe car diffusé par un satellite d'Eutelsat, Atlantic Bird 4, qui vise prioritairement le Moyen-Orient.

Dans le domaine de la protection des mineurs, le Conseil a au cours des derniers mois été saisi de plusieurs plaintes liées à la multiplication de services de télévision présents sur des satellites d'Eutelsat et qui diffuseraient des contenus érotiques (plus rarement pornographiques) en clair dans la journée en contravention avec les réglementations européenne et française.

L'instruction de ce dossier a déjà donné lieu en 2008 à une décision de mise en demeure adressée à une chaîne panaméenne de se conformer à la réglementation applicable et à une mise en garde d'Eutelsat. Cette instruction se poursuit et a permis de mettre en lumière certaines difficultés dans l'exercice du contrôle.

La première concerne l'établissement de la compétence territoriale dans la mesure où parmi ces chaînes, se trouvent :

- des services qui seraient déjà autorisés dans d'autres États membres ;
- des services non autorisés mais qui relèveraient a priori de la compétence d'un autre État membre (cas de chaînes « pirates ») ;
- des services « non identifiés » pour lesquels l'information fait défaut ;
- des chaînes extracommunautaires relevant effectivement de la compétence française.

Il importe que la compétence de la France sur les services visés par une éventuelle action soit établie avec certitude, ce qui demande un important travail d'investigation mené en coopération notamment avec les autres régulateurs.

Une deuxième difficulté a trait à l'établissement de la compétence matérielle dans la mesure où certains services proposent uniquement des images fixes, ou une succession répétitive des mêmes séquences animées. Sont-ils couverts par la définition du « service de média audiovisuel » de la directive et la définition de la loi française sur la communication audiovisuelle ?

Une troisième difficulté, d'ordre pratique, concerne le nombre important de services à contrôler, estimé entre 40 et 70, et leur « volatilité » dans la mesure où des changements de fréquences ou de noms, l'apparition et la disparition de chaînes, sont fréquemment observés.

V. Conclusion

Les réglementations européenne et française reposent sur un principe premier de liberté : liberté de prestation de service, liberté de communication, liberté de retransmission et liberté de réception. Pour autant, cette liberté ne se conçoit que dans le respect d'autres principes tout aussi importants et en particulier ceux protecteurs de la personne humaine. Dans cet exercice d'appréciation que la loi lui confie, le régulateur national a une lourde responsabilité interne et vis-à-vis de ses partenaires européens. Dans un environnement où les services sont nombreux, on ne peut qu'appeler à aller plus loin dans le rapprochement des pratiques et l'échange réactif d'informations et d'analyses entre régulateurs.

Dispositions prises par les organismes de régulation

Réglementation relative aux communications commerciales en Irlande

Margaret Tumelty
Autorité irlandaise de la radiodiffusion

I. Introduction

En vertu de l'article 19 de la loi relative à la radiodiffusion de 2001, il incombe à l'Autorité irlandaise de la radiodiffusion (*Broadcasting Commission of Ireland*) de développer un ensemble de codes et de dispositions réglementant la radiodiffusion télévisuelle et radiophonique. A ce jour, plusieurs codes et un ensemble de dispositions ont déjà été développés et mis en place : le Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants, les Règles d'accès, le Code général relatif à la publicité et le Code réglementant les émissions. Avant l'adoption de la version définitive d'un code, la Commission est tenue de soumettre chaque projet de code à une consultation publique.

II. Stratégie de développement des codes et dispositions

La Commission a adopté une approche particulière pour le développement de ses codes et dispositions. Cette approche se caractérise par un processus en plusieurs étapes qui contribue au développement complet des codes : une phase de recherche, une phase de développement et une consultation publique. Pour chaque code, une étude globale du domaine en question et les exigences spécifiques liées à ce code en particulier sont passées en revue. Plusieurs éléments sont pris en compte : le degré d'intérêt et d'engagement des parties prenantes, la qualité de cet engagement, la manière dont le processus est transmis à toutes les parties prenantes et rendu compréhensible et la mesure dans laquelle cette compréhension contribuera par la suite au bon respect du code une fois qu'il sera adopté.

Etant donné la diversité des approches utilisées pour la mise en place des différents codes, plutôt que l'adoption systématique d'une approche uniforme, il est évident que tous ces paramètres doivent être étudiés avec la plus grande attention. La complexité des problématiques liées à chaque code, l'expérience, si tant est qu'il y en ait une, des radiodiffuseurs ou du régulateur face à telle ou telle problématique et les exigences spécifiques éventuelles des parties prenantes ont également contribué à ce que chaque code soit traité de manière indépendante. Cette approche s'appuie également sur différentes documentations – la Stratégie nationale pour l'enfance, par exemple – sur des consultations émanant de l'Office national des personnes handicapées (*National Disability Authority*) ou encore sur les principes directeurs de la Commission elle-même.

A titre d'exemple, le Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants a été soumis à une consultation publique qui s'est déroulée en trois phases de la manière suivante :

Phase I	Consultation relative à l'orientation, aux définitions et à la structure du code
Phase II	Consultation relative aux questions clés du code
Phase III	Consultation relative au projet de code.

Dans le cadre du développement de ce code, une consultation a également été menée auprès d'enfants âgés de 6 à 17 ans. Curieusement, alors que les avis étaient très partagés sur de nombreux points, ce sont les enfants qui ont exprimé les opinions les plus modérées. La version définitive du code reflète largement les opinions exprimées par les enfants.

Pour cette consultation, plusieurs méthodes ont été exploitées : l'utilisation de documents de consultation fournissant des éléments d'appréciation, une consultation en ligne, la création d'ateliers avec des groupes composés d'enfants, par exemple, ou encore des forums de discussion. Il aura fallu plus de 18 mois pour parachever l'ensemble du processus. Des décisions étaient prises à l'issue de chaque phase de consultation et la publication de ces résultats s'accompagnait d'une analyse justifiant les décisions qui avaient été prises. Cela permettait de garantir la transparence du processus et de rendre plus compréhensible les décisions émanant de la Commission. Les observations transmises dans le cadre de cette consultation étaient également mises à la disposition de toutes les parties prenantes, y compris du public.

L'avantage principal de cette approche étant le niveau de conformité atteint au regard des autres codes. Les processus utilisés, bien que très longs, ont contribué à la bonne compréhension des codes et des objectifs visés par les dispositions et à l'interprétation adéquate de ces dispositions. La facilité avec laquelle le secteur de la radiodiffusion a, d'une part, coopéré avec le régulateur au cours de la phase de développement du code et, d'autre part, mis en œuvre ce code après son adoption, en est la preuve.

III. Codes relatifs aux communications commerciales

La Commission a adopté deux codes relatifs aux communications commerciales. Le premier, le Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants, mis en place en 2005, contient des dispositions relatives aux normes régissant la publicité destinée aux enfants.¹ Le second, le Code général relatif à la publicité, contient des dispositions relatives aux normes régissant la publicité, le parrainage, le téléachat et toute forme de promotion commerciale.²

1. Le Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants

Pour chaque code, nous avons cherché à définir des objectifs précis.³ En ce qui concerne le Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants, ces objectifs sont les suivants :

- Protéger les enfants contre toute publicité inadaptée et préjudiciable ;
- Veiller à ce que la publicité destinée aux enfants tienne compte de leur sensibilité et n'exploite pas cette sensibilité ;
- Veiller à ce que la publicité destinée aux enfants soit adaptée et donne une représentation exacte des services ou des produits présentés et que ces services ou ces produits ne fassent naître chez lui aucune attente irréaliste ; et
- Fournir aux radiodiffuseurs, aux publicitaires, aux parents, aux tuteurs et aux enfants des lignes directrices claires relatives aux normes régissant la publicité radiotélévisée destinée aux enfants.

Les domaines essentiels abordés par le code sont :

- Les valeurs sociales
- Le manque d'expérience et la crédulité
- Les pressions indues
- Les mesures de protection pour les enfants
- La sécurité en général
- La violence
- Les régimes et la nutrition
- La responsabilité parentale
- Les personnages des émissions

1) Disponible sur : http://www.bci.ie/documents/childrens_code_oct_04.pdf

2) Disponible sur : http://www.bci.ie/documents/BCI_gen_ad_code_mar_07.pdf

3) Des informations détaillées concernant les différentes phases de développement du code sont disponibles sur : http://www.bci.ie/codes/childrens_code.html

- Les interdictions et les restrictions relatives à certains produits
- L'identification de la publicité et sa séparation des programmes
- La diffusion de publicité.

Depuis la mise en place du code en 2005, il y a eu très peu d'infractions et aucune plainte n'a été déposée.

Le Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants a été révisé en 2008 et de nouveaux domaines y ont été insérés. Il s'agit, notamment, du domaine des régimes et de la nutrition et, plus spécifiquement, des aliments riches en graisse, en sel et en sucre. Le rapport relatif à la révision du code a été soumis au ministre et les domaines nécessitant le plus de remaniements ont alors été passés en revue.

2. Code général relatif à la publicité

Les objectifs du Code général relatif à la publicité⁴ sont les suivants :

- Apporter au public la garantie que les communications commerciales sont légales, loyales, véridiques et convenables ;
- Apporter la garantie que les communications commerciales n'affectent pas l'intégrité éditoriale des émissions ;
- Fournir aux radiodiffuseurs des lignes directrices claires en ce qui concerne les normes relatives aux programmes et les normes que le public est en droit d'attendre, tout en veillant à ce que ce code ne restreigne pas de manière injustifiée le droit de communiquer des messages à caractère commercial.

Le Code général relatif à la publicité contient des dispositions concernant toute une série de produits et de services :

- L'alcool
- Les services de pari
- Les services et traitements cosmétiques
- Les produits cosmétiques
- Les services et produits financiers
- Les aliments
- Les diseuses de bonne aventure / les services de voyance
- Les produits, services et traitements médicaux
- Les services de télécommunication facturés au prix fort
- Les services et produits dont la publicité est interdite (tabac, par exemple)
- Les services et produits d'amaigrissement.

Les deux codes contiennent un ensemble de principes généraux et de dispositions applicables aux communications commerciales ainsi que des dispositions relatives à des produits et services spécifiques.

IV. La Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV) et sa mise en œuvre

Le développement de ces deux codes par l'Autorité irlandaise de la radiodiffusion s'est effectué dans le respect de la Directive SMAV. L'utilisation des termes « communications commerciales », l'utilisation de définitions tirées du projet de directive sur les services de médias audiovisuels et l'insertion de principes essentiels reflétant les dispositions de la Directive SMAV dans ce domaine en sont la preuve. Aujourd'hui, la Commission doit s'atteler à la résolution de nouveaux problèmes : le placement de produits, les nouveaux modèles de parrainage, la transparence et la mise en avant de manière injustifiée de certains produits et services.

4) Pour plus d'information concernant les différentes étapes du développement de ce code, voir : http://www.bci.ie/codes/gen_advertising_code.html

En ce qui concerne les articles de la Directive SMAV relatifs aux communications commerciales, les articles 3 *sexies*, 10 et 15 sont inclus dans les codes de l'Autorité irlandaise de la radiodiffusion, les articles 3 *octies* et 3 *nonies* devant encore être transposés.

Cette transposition se fera par le biais de mesures législatives ou par le biais d'un décret. Dans certains cas, le gouvernement restera responsable de l'élaboration des politiques, dans d'autres cas, cette tâche sera confiée au régulateur.

Le projet de loi sur la radiodiffusion contenant des dispositions visant à transposer certains éléments de la directive devrait être voté en milieu d'année.

Les éléments de la directive que les dispositions du projet de loi prévoient de transposer concernent les codes relatifs à la publicité et au contenu des programmes, le temps global de publicité, la publicité pour les produits alimentaires riches en graisses, graisses saturées, sel et / ou sucre⁵, l'éducation aux médias et les dispositions relatives aux services destinés aux malvoyants et aux malentendants.

Les dispositions relatives aux produits alimentaires riches en graisses, graisses saturées, sel et / ou sucre illustrent parfaitement la diversité des approches de la Commission.

Comme le stipule l'article 42, paragraphe 2, du projet de loi visant à réformer la réglementation sur la radiodiffusion :⁶

« Le respect des codes réglementant la radiodiffusion est essentiel pour garantir [...] (g) que la publicité, les produits de téléachat, le parrainage et la radiodiffusion de toute promotion commerciale de quelque nature que ce soit, notamment les publicités ou autres activités similaires qui touchent directement ou indirectement les enfants, n'iront pas à l'encontre des intérêts des enfants, en particulier dans le domaine de la santé ».

Pour veiller au bon respect des codes, l'article 42, paragraphe 4, indique de quelle manière l'autorité de régulation peut intervenir :

« Les dispositions de la sous-section(2)(g) du Code de la radiodiffusion donnent à l'Autorité irlandaise de la radiodiffusion compétence pour interdire la diffusion de publicités relatives à certaines catégories d'aliments ou de boissons, notamment ceux qui contiennent des graisses, des acides gras insaturés, du sel et des sucres, que l'Autorité jugera dangereuse pour la santé des enfants ».

Cette approche impose au régulateur la mise en place de mesures spécifiques en matière de réglementation.

En ce qui concerne l'éducation aux médias, par contre, le régulateur a opté pour une plus grande souplesse afin de lui permettre de définir de manière précise le champ d'application de ce domaine.

Le projet d'article 26, paragraphe 2(g) stipule que :

(2) L'Autorité irlandaise de la radiodiffusion a les fonctions connexes suivantes :

(g) Encourager et favoriser activement la recherche, les mesures et les activités visant à promouvoir l'éducation aux médias, y compris en coopérant avec les radiodiffuseurs, les pédagogues ou toute autre personne appropriée.

Une législation secondaire, comme cela est envisagé dans le projet de loi relatif à la radiodiffusion, devra, dans ses modalités d'application, faire preuve d'impartialité, d'équité, de modération, ne pas être arbitraire ni partial. L'Autorité irlandaise de la radiodiffusion ne se contente pas de mettre en œuvre des codes et des dispositions réglementant les communications commerciales, elle met en place également un processus qui prend en compte ces exigences, est compréhensible pour les parties prenantes et facilite leur engagement.

5) *HFSS food (foods high in fat, saturated fat, salt and/or sugar)*.

6) Projet de loi de 2008 sur la radiodiffusion, disponible sur : www.oireachtas.ie

Contrôle de conformité exercé par les instances de régulation et de corégulation nationales des États membres

Roberto Mastroianni
Università degli Studi di Napoli « Federico II »

I. L'importance d'une transposition correcte des dispositions prévues par la directive pour assurer le bon fonctionnement des marchés des services de médias audiovisuels (articles 10 et 249 CE)

Conformément à l'article 10, alinéa 1, du Traité établissant la Communauté européenne (ci-après CE), les États membres

« prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission »¹.

Selon la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), l'article 10 du Traité CE impose aux États membres de respecter scrupuleusement l'obligation de « coopération de bonne foi » avec la Commission et de lui fournir toute information qu'elle solliciterait à cette fin². De même, cette obligation vaut également pour les relations entre les autorités des États membres si cette coopération s'avère nécessaire à la bonne application du droit communautaire.

Ces principes généraux ont une portée horizontale pour l'ensemble du droit communautaire. Par conséquent, ils s'appliquent également dans le cadre de la législation européenne en matière audiovisuelle, ainsi que dans les règles consacrées par la Directive Télévision sans frontières (Directive TSF) et la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV). À ce titre, une « coopération de bonne foi » s'impose comme une évidence pour un ensemble de raisons qui seront examinées ultérieurement et qui sont strictement liées au système spécifique de la reconnaissance mutuelle prévu par les dispositions de la directive. Par ailleurs, il est également clair que les anciennes et les nouvelles dispositions communautaires destinées à favoriser cette coopération sont inadaptées.

Une « coopération de bonne foi » entre les États membres dans le cadre de la Directive TSF et de la Directive SMAV est essentielle au bon fonctionnement du système envisagé par ces deux textes. À l'instar d'autres directives visant à favoriser le fonctionnement du marché intérieur, la Directive TSF et la Directive SMAV se fondent sur le principe d'une harmonisation « minimale » associé au principe de

1) L'alinéa 2 de l'article 10 du Traité CE ajoute que les États membres « s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ». Voir V. Costantinesco, *L'article 5 du Traité CE. De la bonne foi à la loyauté communautaire*, in *Du droit international au droit de l'intégration : Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 97 ; J.T. Lang, *Community Constitutional Law : article 5 EEC Treaty*, in *Common market law Review*, 1990, p. 645 ; O. Due, *Article 5 du traité. Une disposition de caractère fédéral ?*, in *Collected Courses of the Academy of European law*, Institut universitaire européen, Florence, 1991, p. 23 ; M. Blanquet, *L'article 5 du traité C.E.E. Recherches sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1993.

2) Voir, notamment, l'affaire C-33/90, *Commission c. Italie*, [1991] Rec. I-5987 et l'affaire C-478/01, *Commission c. Luxembourg*, [2003] Rec I-2351, paragraphe 24.

la reconnaissance mutuelle³. La libre circulation des services de médias audiovisuels est autorisée (article 2 *bis*) sur le territoire de l'Union européenne à condition toutefois qu'ils se conforment à la réglementation de l'État membre compétent (article 2).

La bonne application de ces dispositions implique, en premier lieu, de définir clairement quels services relèvent de la compétence territoriale de tel ou tel État membre. La reconnaissance mutuelle des services de médias audiovisuels exige un contrôle de conformité rigoureux, une assistance mutuelle, ainsi qu'une répartition précise des « compétences territoriales » afin d'éviter, autant que possible, l'apparition de conflits entre les États membres dans les cas de transmissions « transfrontières ». Comme McGonagle et Van Loon l'ont à juste titre indiqué, « des différences législatives significatives au niveau national constituent un obstacle considérable à la résolution facile et rapide des différends concernant des affaires en rapport avec la compétence juridique [...]. Si les régulateurs devaient appliquer les règles de la même manière, l'attribution de la compétence juridique en matière de radiodiffusion à un pays donné n'aurait que peu de conséquences, voire aucune »⁴. Il va sans dire qu'étendre le champ d'application de la nouvelle Directive SMAV aux services non linéaires rendra la coopération et le contrôle encore plus délicats et complexes qu'à l'heure actuelle.

D'un point de vue plus général, la seule lecture des dispositions de la Directive SMAV consacrées à la compétence territoriale et à la reconnaissance mutuelle suffit à traduire clairement l'importance cruciale d'une *étroite collaboration* entre les autorités des États membres, ainsi qu'entre ces mêmes autorités et la Commission. Au regard des procédures pertinentes énoncées par les dispositions précitées, les compétences laissées aux États membres dans les domaines spécifiques traités par la directive (articles 2, 2 *bis* et 3 de la Directive SMAV) exigent la stricte observation de l'obligation de coopération.

Ainsi, la question primordiale consiste à déterminer si les actuelles structures de coopération prévues dans le secteur de l'audiovisuel sont adaptées ou s'il subsiste de profondes lacunes à combler. En pratique, les exemples bien connus de « conflits » de compétence territoriale dans les situations transfrontalières ont plus souvent été examinés dans un contexte bilatéral que multilatéral. Malgré le travail considérable effectué par la Plateforme européenne des instances de régulation (EPRA), le manque de coopération entre les instances nationales s'est soldé à quelques reprises par des déconvenues et des retards dans le règlement des conflits de compétence, sans parler des cas de figure où des licences avaient été octroyées sans qu'ait été sérieusement pris en compte le fait que les transmissions étaient destinées au public d'un autre État membre⁵. Cette situation s'explique par plusieurs raisons, parmi lesquelles le règlement contradictoire des conflits de compétence territoriale par les États membres. De plus, la Directive TSF a prévu diverses procédures d'octroi de licences et l'adoption de « contremesures » (déroptions au principe du pays d'origine).

À l'inverse, les procédures énoncées dans la Directive SMAV (article 2 *bis*, alinéa 2, et les toutes dernières procédures prévues à l'article 2 *bis*, alinéa 4, relatives aux services à la demande et à l'article 3 au sujet de l'adoption de dispositions plus strictes par les États membres) impliquent la nécessité d'un échange d'information solide, efficace et rapide entre les autorités des États membres et avec la Commission. S'il est vrai que cette obligation découle directement de l'article 10 du Traité CE, disposition qui selon la jurisprudence de la CJCE est souvent susceptible d'avoir un effet direct⁶, il est également vrai que la directive ne prévoit pas de sanctions spécifiques en cas de non-respect de l'obligation de coopération par les autorités nationales : le recours à la procédure générale applicable en cas d'infraction prévue par les articles 226 et 227 du Traité CE est, comme chacun le sait, dépourvu d'efficacité notamment parce que la Cour de justice des Communautés européennes est rarement disposée à donner suite à des demandes en référé dans les litiges opposant des États membres⁷.

3) Voir E. Dommering, *Commentary to Articles 2 and 2a TWFD*, in Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, Alphen a/d Rijn, 2008, p. 337 et suivantes.

4) T. McGonagle et A. Van Loon, *La compétence juridique en matière de radiodiffusion en Europe. Compte rendu de table ronde*, dans Observatoire européen de l'audiovisuel, *La compétence juridique en matière de radiodiffusion en Europe*, IRIS Spécial, Strasbourg 2002.

5) Voir J. Botella i Corel et E. Machet, *Coordination et coopération entre autorités de régulation dans le domaine de la radiodiffusion*, dans Observatoire européen de l'audiovisuel, *Services de médias audiovisuels sans frontières. La mise en œuvre du cadre réglementaire*, IRIS Spécial, Strasbourg, 2006, p. 13 et suivantes, ainsi que p. 16.

6) Voir Cour de Justice des Communautés européennes, affaire C-453/00, *Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, [2004] Rec, p. I-837 ; affaires jointes C-392/04 et C-422/04, *i-21 Germany GmbH*, [2006] Rec, p. I-8559.

7) Article 243 CE. Pour un exemple récent de mesures provisoires accordées par la Cour, voir l'affaire C-503/06 R, *Commission c. Italie*, Ordonnance du 19 décembre 2006 [2006] Rec, p. 141.

La mise en place de nouvelles dispositions et de nouvelles structures dotées de pouvoirs efficaces pourrait ainsi contribuer à résoudre cette problématique. La proposition de création d'une nouvelle instance permanente « européenne » (une commission de régulateurs) a été refusée avant même l'ouverture officielle de la procédure législative qui a conduit à l'adoption de la Directive SMAV⁸. Le législateur communautaire a en fait décidé de reconnaître expressément ce qui avait toujours été admis implicitement, c'est-à-dire l'obligation faite aux États membres d'adopter les mesures nécessaires pour échanger entre eux, et fournir à la Commission les informations exigées pour l'application des dispositions de la directive (plus particulièrement celles prévues aux articles 2, 2 bis et 3).

II. Etroite collaboration dans le cadre de la CETT ...

Comme c'est le cas dans d'autres domaines qui entrent dans le champ d'application des instruments juridiques du Conseil de l'Europe et de la législation communautaire, la Convention européenne sur la télévision transfrontière (CETT) a agi en l'espèce comme la principale source d'inspiration de la plupart des choix retenus dans la directive.

Une fois de plus, le Conseil de l'Europe a fixé un modèle visant à réglementer la coopération entre les États membres : depuis sa première adoption en 1989, la CETT comporte un chapitre (en fait un seul article) spécialement consacré à l'« assistance mutuelle » (article 19). Les dispositions principales de cet article s'inspirent de clauses similaires contenues dans la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (1981), mais elles ont été adaptées pour satisfaire aux exigences qui découlent des questions traitées par la CETT⁹.

Comme l'indique le rapport explicatif en annexe de la CETT (paragraphe 297), « la mise en œuvre de la Convention sera essentiellement fondée sur la coopération entre les Parties ». Par conséquent, l'article 19 (qui, dans le nouveau texte de la Convention actuellement examiné, deviendra l'article 23) vise à atténuer autant que possible le risque de conflits entre les Parties nés de la fourniture transfrontalière de services de programmes télévisés.

L'alinéa 1 du futur article 23 de la CETT (lequel remplacera l'alinéa 1 de l'article 19 de l'actuelle version de la CETT) énonce les principes fondamentaux en vertu desquels les Parties doivent s'apporter une assistance mutuelle afin de mettre en œuvre la Convention. À cette fin, conformément à l'alinéa 2, les parties contractantes doivent spécifier un « point de contact », ou plus précisément,

« [C]haque État contractant désigne une ou plusieurs autorités dont il communique la dénomination et l'adresse au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion ».

Si une partie désigne plus d'une autorité, elle doit préciser dans les informations qu'elle transmet les compétences respectives de chacune d'entre elles.

Le rapport explicatif (paragraphe 299) indique que lorsque ces autorités spécialisées n'existent pas encore, la Convention n'impose pas aux États membres d'en créer à des fins de coopération. Il est cependant admis que dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe, des autorités spécialisées dans les questions de radiodiffusion ont été mises en place et, à ce titre, elles pourraient être choisies comme « points de contact » aux fins de la présente Convention. Néanmoins, cette dernière ne fait mention d'aucune obligation en ce sens.

8) Voir A. Scheuer, C. Palzer, *Commentary to Article 23b AVMSD*, op. cit., *European Media Law*, Alphen a/d Rijn, 2008, p. 1000.

9) Rapport explicatif, paragraphe 298.

Selon les informations disponibles¹⁰, les autorités désignées par les Parties sont souvent des instances gouvernementales (comme c'est le cas en Italie¹¹ et en République tchèque¹²), des autorités indépendantes (comme au Royaume-Uni¹³) ou les deux (en France¹⁴ et en Roumanie¹⁵, par exemple). Dans certains cas particuliers, les Parties désignent les radiodiffuseurs publics eux-mêmes (c'est le cas de la BBC au Royaume-Uni).

Enfin, l'article 19, alinéa 3, de la CETT (dans sa version actuelle) énumère les moyens par lesquels les Parties s'engagent à s'accorder une assistance mutuelle par l'intermédiaire de points de contacts.

« Une autorité désignée par une Partie a l'obligation :

- a) de fournir les informations prévues à l'article 6, alinéa 2, de la Convention¹⁶ ;
- b) de fournir, à la demande d'une autorité désignée par une autre Partie, des informations sur le droit et la pratique internes dans les domaines couverts par la présente Convention ;
- c) de coopérer avec les autorités désignées par les autres Parties chaque fois qu'il sera utile de le faire et notamment lorsque cette coopération pourra renforcer l'efficacité des mesures prises en application de la présente Convention ;
- d) d'examiner toute difficulté soulevée dans l'application de la présente Convention qui lui sera notifiée par une autorité désignée par une autre Partie ».

Suite à l'actuelle révision de la CETT, de nouvelles dispositions seront ajoutées à l'article 19. Le futur alinéa 1 de l'article 23 de la CETT, modifiera le principe fondamental énoncé à l'alinéa 1 de l'article 19 de la CETT (version en vigueur) en faisant référence au libellé de l'article 23 *ter* de la Directive SMAV (voir plus loin) :

« Les Parties s'engagent à s'accorder mutuellement assistance et à prendre des mesures appropriées pour se communiquer les informations nécessaires aux fins de l'application des dispositions de la présente Convention, notamment via leurs organismes de régulation indépendants compétents ».

De plus, l'alinéa 3 comportera une autre condition (nouveau sous-alinéa d) en vertu de laquelle l'autorité nationale désignée :

- 10) Voir sur le site Web du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=132&CM=8&DF=3/11/2009&CL=ENG&VL=1>
- 11) Conformément à la Déclaration consignée dans une lettre de la Représentation permanente de l'Italie en date du 12 mai 1992, enregistrée au Secrétariat général le 13 mai 1992, l'autorité désignée aux fins de l'article 19 est le *Ministero delle Poste e Telecomunicazioni* (ministère des Postes et Télécommunications).
- 12) Conformément à la Déclaration consignée dans l'instrument de ratification déposé le 17 novembre 2003 et complété par une lettre de la Représentation permanente de la République tchèque en date du 19 janvier 2004, enregistrée au Secrétariat général le 19 janvier 2004, l'autorité désignée aux fins de l'article 19 est le *Ministerstvo kultury České republiky* (ministère de la Culture de la République tchèque).
- 13) Déclaration consignée dans une lettre de la Représentation permanente du Royaume-Uni en date du 23 mars 1992, enregistrée au Secrétariat général le 1^{er} avril 1992 : l'autorité chargée des programmes de télévision autres que ceux de la BBC au Royaume-Uni est l'*Independent Television Commission* (Commission de la télévision indépendante - ITC).
- 14) Déclaration consignée dans une Note verbale de la Représentation permanente de la France, en date du 18 décembre 2006, enregistrée auprès du Secrétariat général le 22 décembre 2006 : conformément à l'article 19, alinéa 2, de la Convention, la France désigne les deux autorités suivantes :
 - le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) – en vertu de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, le CSA « garantit l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle en matière de radio et de télévision (...), veille à favoriser la libre concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services ainsi qu'à la qualité et à la diversité des programmes » ;
 - la Direction du développement des médias (DDM), placée sous l'autorité du Premier ministre. En vertu du décret n° 2000-1074 du 3 novembre 2000, la DDM définit et met en œuvre la politique du gouvernement en faveur du développement et du pluralisme des médias et des services de la société de l'information ; à ce titre, elle prépare notamment la législation relative à la communication audiovisuelle ; en outre, la DDM est associée aux négociations européennes et internationales touchant à la réglementation ou à la régulation des médias et des services de l'information ; dans le cadre de ses fonctions, elle participe aux réunions du Comité permanent de la Convention européenne pour la télévision transfrontière chargé du suivi de la mise en œuvre de la convention.
- 15) Déclaration contenue dans l'instrument de ratification déposé le 13 juillet 2004. La Roumanie désigne les autorités compétentes suivantes : a) le ministère de la Culture et des Cultes, comme autorité de coopération, conformément à l'article 19 alinéa 3, sous-alinéas b et d de la Convention ; b) le Conseil national de l'audiovisuel, comme autorité de coopération, conformément à l'article 19, alinéa 3, sous-alinéas b et d de la Convention, avec l'approbation du ministère de la Culture et des Cultes.
- 16) Cette disposition précise que les informations concernant un radiodiffuseur doivent être, sur demande, mises à disposition par l'autorité compétente de la Partie de transmission. Ces informations doivent au minimum comporter le nom ou la dénomination, le siège et le statut juridique du radiodiffuseur, le nom de son représentant légal, la composition du capital, la nature, l'objet et le mode de financement du service de programmes que le radiodiffuseur fournit ou s'apprête à fournir.

« recourra, le cas échéant, à l'avis des autorités désignées par une autre Partie avant d'accorder une autorisation, de procéder à l'enregistrement ou de conclure un contrat avec un radiodiffuseur dont les services de programmes sont entièrement ou principalement adressés au territoire de cette autre Partie ».

Cette modification, également inspirée de la Directive SMAV (préambule, considérant 66), confirme ainsi l'influence réciproque récurrente qui existe entre ces deux instruments, ainsi que la volonté de concilier autant que possible leurs textes.

S'agissant du libellé du futur alinéa 1 de l'article 23 de la CETT, la mention de « l'indépendance » des autorités de régulation est étonnante. Bien que la Convention ne donne pas d'indications précises sur l'interprétation à donner à une notion aussi subtile, le rapport explicatif renvoie à d'autres textes (non contraignants) adoptés par le Conseil de l'Europe qui définissent la notion d'« indépendance » : la Recommandation n° R(2000)23 du Comité des Ministres aux États membres concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion et la Déclaration du Comité des Ministres du 26 mars 2008 sur ce même sujet¹⁷. On peut aisément prédire que les textes précités auront également de fortes répercussions sur l'interprétation de la notion d'indépendance des autorités de régulation telle qu'elle figure dans la Directive CE¹⁸.

III. ... et dans le cadre de la Directive SMAV

Le texte définitif de la Directive SMAV privilégie davantage l'absence d'intervention et se révèle être plutôt décevant à la fois par rapport aux objectifs premiers de la directive (la création d'un nouveau groupe permanent de régulateurs européens) et aux dispositions prévues par d'autres instruments européens¹⁹.

L'article 23 *ter* de la Directive SMAV, dans sa version définitive, se contente d'imposer aux États membres de prendre les *mesures appropriées* pour s'échanger et fournir à la Commission les informations indispensables à l'application des dispositions de la directive, notamment ses articles 2, 2 *bis* et 3. Cette obligation d'informer incombe principalement à leurs instances respectives de régulation indépendantes et compétentes. Compte tenu du rôle essentiel joué par la Commission dans le cadre des procédures prévues par les articles 2 *bis* et 3 de la Directive SMAV, la directive y fait également référence en tant que destinataire de ces informations. Cette disposition semble compléter celle de l'article 23 *bis*, consacré à la composition et à la mission du comité de contact. Les autorités nationales sont considérées comme un élément spécifique et essentiel au bon fonctionnement de l'ensemble du système.

Cette nouvelle disposition porte sur l'ensemble des domaines coordonnés par la directive (voir les dernières lignes du considérant 66) mais insiste tout particulièrement sur les situations « transfrontières » classiques. Contrairement à d'autres directives, l'article 23 *ter* ne donne aucune indication précise sur les véritables fonctions que se verront attribuer les autorités de régulation. Il évoque uniquement l'obligation générale faite aux États membres de fournir les informations nécessaires à la mise en œuvre de la directive.

Selon le considérant 66, cette coopération est notamment exigée : a) compte tenu de l'impact que les radiodiffuseurs établis dans un État membre pourraient avoir dans un autre État membre ; et b) lorsque des procédures d'autorisation sont prévues par le droit national et si elles concernent plus d'un État membre (langue, moyens de transmission, marché publicitaire ciblé).

Néanmoins, pour ce qui est de la transposition efficace de la directive en droit interne, une question centrale semble se poser : quelle est « l'information nécessaire à la mise en œuvre des dispositions de cette directive » ? Les dispositions de la directive qui concernent la régulation ne donnent pas d'indications parfaitement claires sur ce point, alors que le préambule va un peu plus loin en jugeant

17) Voir les observations de T. Mc Gonagle, Comité des Ministres. Nouvelle déclaration relative aux autorités de régulation de la radiodiffusion, IRIS 2008-5 : 2, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2008/5/article1.fr.html>

18) Voir Cour de justice des Communautés européennes, affaires jointes C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 et C-339/94 *Reti Televisive Italiane SpA (RTI) et autres c. Ministero delle Poste e Telecomunicazioni*, [1996] Rec, p. I-06471.

19) Voir par exemple, dans le domaine des communications électroniques, l'article 3 de la Directive 2002/21/CE (Directive-cadre) ; et dans le domaine de la protection des bases de données, l'article 28 de la Directive 95/46/CE.

« souhaitable que les instances nationales prennent contact entre elles lors de la procédure d'octroi des licences et avant leur attribution lorsque plus d'un État membre est concerné. Les propositions de l'EPRA²⁰ se révèlent particulièrement utiles dans ce contexte, puisque leur objectif consiste à faciliter le traitement des litiges relatifs à la compétence territoriale. En premier lieu, l'information devrait porter sur l'identification dans tout État membre de la personne ou de l'entité chargée des questions de compétence territoriale au sein de l'autorité de régulation ; de plus, la création d'une base de données comportant toutes les informations pertinentes sur les opérateurs titulaires d'une licence dans l'État membre en question est recommandée. Ces propositions s'inspirent de cas concrets (l'affaire *Al Manar* relative à la détermination de la compétence territoriale au sujet d'un opérateur de services par satellite accusé de diffuser des programmes incitant à la haine²¹) et de la CETT, dont nous venons d'examiner les dispositions, notamment l'obligation de fournir les informations prévues par l'alinéa 2 de son article 6.

Plus généralement, il est juste de dire qu'au regard de son libellé et de l'ensemble du contexte, l'article 23 *ter* de la Directive SMAV impose aux États membres une obligation de résultat : en effet, si les mesures qu'ils prennent s'avèrent inopportunes ou inappropriées, leur responsabilité peut être engagée pour violation de l'article 23 *ter* de la Directive SMAV associé à l'article 10 du Traité CE. Les États membres disposent d'une large marge de manœuvre, mais afin de mettre correctement en œuvre le droit communautaire (en satisfaisant ainsi aux exigences de l'article 10 du Traité CE), les mesures prises doivent garantir que les objectifs fixés par la directive soient atteints.

IV. La mission confiée aux instances nationales de régulation par l'article 23 *ter* de la Directive SMAV et le considérant 65

La dernière question porte sur la bonne interprétation de l'article 23 *ter*, au sens du considérant 65, des instances de régulation « indépendantes » évoquées par l'article 23 *ter*. Il convient de rappeler que l'alinéa 1 de l'article 23 *ter* de la proposition initiale de la Commission faisait obligation aux États membres de « garantir l'indépendance des autorités de régulation nationales et de veiller à ce qu'elles exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente ». Le considérant 47 de la proposition indiquait clairement que la notion d'indépendance concernait les relations des autorités de régulation à la fois avec les gouvernements nationaux et les fournisseurs de services de médias audiovisuels. Ce même considérant précisait également que cette exigence était destinée à permettre aux régulateurs « de mener à bien leur tâche de manière impartiale et transparente et de contribuer au pluralisme ».

Les États membres (ou du moins la plupart d'entre eux) ne semblaient pas enthousiastes à l'idée d'accepter ce profond empiètement sur leurs compétences nationales ; de plus, une obligation aussi stricte faite aux États membres n'était pas jugée adaptée compte tenu de l'absence, dans le texte de la directive et contrairement à ce qui avait été décidé dans d'autres domaines, d'indications précises quant aux tâches confiées aux autorités de régulation nationales.

La proposition a par conséquent été sensiblement modifiée au cours de la procédure législative. La référence à l'indépendance des régulateurs a été conservée dans la version définitive de la directive, bien qu'elle s'inscrivait dans le cadre d'une disposition dont l'objectif se limitait à l'obligation faite aux États membres de fournir les informations. Par ailleurs, cette mention de leur indépendance figure toujours dans le préambule (considérant 65), libellée toutefois de manière plus précise.

Dans la mesure où le texte définitif de l'article 23 *ter* est le résultat d'un compromis, il est assez compliqué de déterminer la manière dont il convient d'interpréter cette disposition. Il est notamment difficile de comprendre pourquoi une disposition dont l'unique objectif est d'obliger les États membres à fournir des informations proclame la nécessité de l'indépendance des autorités de régulation. La question essentielle est de savoir si la transposition de la Directive SMAV impose ou non aux États membres la mise en place d'une autorité de régulation indépendante. On peut considérer qu'il convient d'y répondre par la négative, bien que la Commission juge la création d'une telle autorité comme étant sans conteste la « meilleure » des solutions. Le choix du terme « notamment » dans l'article 23 *ter* de la Directive SMAV semble signifier que l'objectif d'un système d'échange d'informations efficace serait plus facilement atteint grâce à la création d'instances de régulation indépendantes.

20) J. Botella i Corral et E. Machet, *op. cit.*, p. 17.

21) Voir A. Blocman, France – Nouvelle mise en demeure du CSA à l'encontre d'Eutelsat, IRIS 2005-3 : 11, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/3/article19.fr.html>

Plus généralement, comme l'avancent certains auteurs²², la bonne interprétation à donner semble la suivante : si des autorités de régulation nationales existent dans un État membre, elles doivent être indépendantes. Cela soulève une autre question : qu'est-ce que « l'indépendance » ? Qui a la compétence pour l'évaluer ? Du fait de son insertion dans un texte de loi communautaire, le terme « indépendance » est devenu une notion européenne et, à ce titre, appelle à une interprétation commune au niveau européen : il doit par conséquent faire l'objet d'un examen communautaire minutieux au regard du droit communautaire²³. S'agissant du sens à donner à cette notion, en l'absence d'éléments de référence en droit communautaire, les documents du Conseil de l'Europe qui s'y rapportent peuvent se révéler particulièrement utiles. La Recommandation Rec(2000)23 et la Déclaration du 26 mars 2008 mentionnent leur « indépendance » par rapport à l'influence exercée à la fois par l'État et par les opérateurs. Par ailleurs, ces documents adoptés par le Comité des Ministres soulignent que cette indépendance a trait à un ensemble d'éléments a) structurels, b) personnels et c) financiers. La garantie structurelle suppose que le gouvernement ou toute autre instance politique s'abstienne de donner des instructions aux autorités de régulation. Pour ce qui est des éléments personnels, les documents du Conseil de l'Europe prévoient que les dispositions relatives à la nomination et à la révocation des membres, ainsi qu'à leur incompatibilité, doivent être précisées et les conflits d'intérêts évités. S'agissant du mode de financement des autorités de régulation, les documents indiquent qu'il convient de prévoir les accords de financement dans les statuts selon un programme clairement défini qui précise les frais prévisionnels des activités des autorités de régulation, afin que ces dernières soient en mesure d'exercer pleinement et de manière indépendante leurs fonctions.

V. Les instances de corégulation

Pour un certain nombre d'États, le recours aux systèmes de corégulation et d'autorégulation représente l'un des outils utilisés pour la mise en œuvre des dispositions de la directive²⁴. Ce constat est particulièrement vrai en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection des mineurs et à la publicité, alors qu'une approche plus prudente est retenue dans les autres domaines où les droits fondamentaux sont en jeu.

La Directive SMAV reconnaît pour la première fois ces systèmes en y faisant directement référence dans l'article 3, alinéa 7²⁵ :

« Les États membres encouragent les régimes de corégulation et/ou d'autorégulation, au niveau national, dans les domaines coordonnés par la présente directive, dans la mesure où leur ordre juridique le permet. Ces régimes doivent être conçus de manière à être largement acceptés par les principaux acteurs dans les États membres concernés et assurer une application efficace des règles. »

La portée imprécise de cette disposition tient également au fait que certains termes employés (« largement acceptés » et « principaux acteurs ») semblent plutôt génériques²⁶. Plus généralement, l'alinéa 7 de l'article 3 n'impose pas aux États membres de créer, voire de modifier leurs propres régimes de corégulation ou d'autorégulation²⁷.

En l'espèce, on peut considérer que le recours aux régimes de corégulation ou d'autorégulation peut s'avérer utile, et pas uniquement pour une bonne mise en œuvre des dispositions. Comme l'indique Carmen Palzer²⁸, tant que l'État, auquel il appartient en définitive de faire respecter les dispositions

22) A. Scheuer et C. Palzer, *Commentary to Article 2 b*, op. cit., p. 996.

23) Pour un exemple précis de l'examen communautaire des mesures adoptées par un État membre dans le cadre de la protection des données, voir l'affaire en instance C-518/07, *Commission c. Allemagne* ; voir également les procédures d'infraction engagées par la Commission à l'encontre de la Pologne et du Luxembourg au sujet de la mauvaise mise en œuvre de la Directive-cadre 2002/21/CE, au sujet de « l'indépendance » des autorités de régulation nationales.

24) Voir Observatoire européen de l'audiovisuel, *IRIS Spécial : La corégulation des médias en Europe*, Strasbourg, 2003.

25) Voir également le considérant 36, inhabituellement long, de la Directive SMAV, qui donne également une définition de la corégulation et de l'autorégulation.

26) Voir Dommering/Scheuer/Ader, *Commentary to Article 3 AVMSD*, op. cit., p. 857 et suivantes, ainsi que p. 862.

27) Dernières lignes du considérant 36 : « Sans préjudice des obligations formelles des États membres en matière de transposition, la présente directive encourage l'utilisation de la corégulation et de l'autorégulation, ce qui ne devrait pas obliger les États membres à instaurer des régimes de corégulation et/ou d'autorégulation ni porter atteinte aux initiatives en matière de corégulation ou d'autorégulation qui ont déjà été prises au sein des États membres et qui fonctionnent efficacement ».

28) C. Palzer, Conditions générales de mise en œuvre de cadres corégulateurs en Europe, dans *IRIS Spécial, La corégulation des médias en Europe*, p. 3 et suivantes.

de la directive, conserve un droit d'intervention en cas de défaillance du système de contrôle, le contrôle de conformité peut être confié à des instances de corégulation et d'autorégulation²⁹.

À mon sens, l'intervention d'instances de corégulation ou d'autorégulation peut être positive, compte tenu du fait que (outre leur capacité à satisfaire à d'autres conditions de corégulation ou d'autorégulation, comme « l'efficacité » de leur action) leurs liens avec les acteurs du secteur reposent sur un certain degré d'indépendance. En pratique, l'adhésion à des instances de corégulation ou d'autorégulation ne devrait pas se limiter uniquement aux représentants des opérateurs de services de médias audiovisuels, mais devrait également être ouverte aux fonctionnaires et aux représentants d'associations de consommateurs et de téléspectateurs.

Enfin, s'agissant de l'interaction entre les instances de corégulation ou d'autorégulation et les autorités nationales de régulation, la situation varie de manière assez importante d'un État membre à l'autre. D'aucuns pourraient dire que l'existence même d'autorités indépendantes atténue la nécessité de recourir à des instances de corégulation, dans la mesure où les premières peuvent être considérées comme mieux à même d'aborder les questions d'intérêt général. Cette conclusion est loin d'être imparable. Il est cependant évident que les régimes de corégulation peuvent être un outil efficace pour la bonne mise en œuvre des dispositions de la directive relatives aux services transfrontières à l'unique condition qu'un certain degré de coopération soit mis en place entre les instances de corégulation créées au sein des divers États membres³⁰.

VI. Rapport entre l'article 23 *ter* de la Directive SMAV et le Règlement CE n° 2006/2004

Il convient de consacrer une dernière observation au rapport entre l'article 23 *ter* de la Directive SMAV et le 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 dans sa version modifiée par la Directive SMAV. Le point 4 de l'annexe « directives et règlements relevant du champ d'application de l'article 3(a) » est remplacé de manière à renvoyer à la Directive SMAV et en particulier à ses articles 3 *nonies*, 3 *decies*, ainsi qu'à ses articles 10 à 20.

Puisque l'alinéa 7 de l'article 2 du Règlement précise expressément qu'il s'applique sans préjudice de la législation communautaire relative aux services de radiodiffusion télévisuelle, on peut en déduire que les dispositions de l'article 23 *ter* de la Directive SMAV ne sont pas concernées par le renvoi au Règlement. En tout état de cause, on notera qu'au moins dans le cadre de la protection des consommateurs, un réseau d'autorités nationales est déjà en place. La création du système de coopération prévu par l'article 23 *ter* de la Directive SMAV peut être facilitée par la réunion des conditions fixées par la Directive SMAV (à commencer par l'exigence d'indépendance).

29) C'est ce qu'admet le préambule de la Directive SMAV (considérant 36), « La possibilité d'une intervention de l'État devrait exister, dans le cadre de la corégulation, lorsque les objectifs du système ne sont pas atteints ».

30) M. Cappello, *Mise en œuvre et application de codes de corégulation dans un contexte transfrontalier*, dans IRIS Spécial, *La corégulation des médias en Europe*, p. 79 et suivantes, ainsi que p. 81.

Transposition de la Directive SMAV

L'expérience lettone

Andris Mellakauls¹

Conseil national de la radiodiffusion, Lettonie

Sans entrer dans les détails des méandres de la vie politique lettone qui ont finalement conduit, en mars 2009, à un projet de loi sur les médias électroniques, je me contenterai de dire que ce texte est le fruit d'une initiative du régulateur qui souhaitait travailler avec le gouvernement et l'industrie à la rédaction d'un document reprenant les exigences de la nouvelle Directive Services de médias audiovisuels (SMAV). Il était indispensable d'arriver à un consensus car la Lettonie ne pouvait se permettre de renouveler l'expérience de 2006 : quelque 400 propositions d'amendement au projet de loi avaient alors été déposées lors de sa seconde lecture au parlement avant que la loi ne finisse par être mise de côté en raison des élections législatives organisées cette même année. L'adoption de la nouvelle loi est espérée cette fois avant la fin de l'année 2009 mais si le pire devait se produire, et en l'absence d'autre possibilité, la directive serait transposée en amendant la loi actuelle.

I. Sources

Le projet de loi sur les médias électroniques a été rédigé à partir des sources suivantes :

- Base – loi actuelle sur la radio et la télévision² ;
- Contributions primaires – SMAV, Convention européenne sur la télévision transfrontière et propositions en vue de sa révision et de son harmonisation avec la nouvelle directive ;
- Contributions secondaires – autres directives, législation lettone, recommandations du Conseil de l'Europe ;
- Contributions tertiaires – Comité de contact³, CDMC⁴, EPRA⁵, séminaires et ateliers, avis d'experts indépendants.

La loi actuelle est basée sur la Directive Télévision sans frontières (TSF). Les contributions secondaires incluent, par exemple, la Directive Transparence⁶, la loi relative à l'interdiction de pratiques commerciales déloyales⁷, la loi relative à la publicité⁸, la proposition de mise à jour de la commu-

1) Les avis exprimés dans cet article sont ceux de l'auteur et ne sont pas nécessairement partagés par le Conseil national de la radiodiffusion.

2) http://www.epra.org/content/english/press/papers/Current_Broadcasting_Law_latvia.pdf

3) Voir l'article 23a de la Directive «Télévision sans frontières».

4) Comité directeur sur les médias et les nouveaux services de communication du Conseil de l'Europe.

5) Plateforme européenne des instances de régulation.

6) Directive de la Commission 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises.

7) http://www.ptac.gov.lv/upload/normativi_en/negodigas_komercprakses_likums.pdf

8) http://www.ptac.gov.lv/upload/normativi_en/reklamas_likums.pdf

nication sur la radiodiffusion⁹ et les recommandations du Conseil de l'Europe sur l'indépendance des instances de régulation (Rec (2000) 23)¹⁰ et sur les mesures visant à promouvoir la transparence des médias (R (94) 13). Il était particulièrement important d'impliquer le ministère de la Justice afin d'éviter une duplication inutile, voire des conflits, avec d'autres lois. Toutefois, certaines duplications et chevauchements n'ont pas pu être complètement évités, principalement en raison de la nécessité perçue de renforcer certaines normes en matière de règles publicitaires, par exemple.

II. Processus de transposition

Dans de nombreux cas, il a été possible d'utiliser la technique du copier-coller consacrée par l'usage. Toutefois, il convient de rappeler que non seulement la Lettonie est membre de l'UE et signataire de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, mais également que le Conseil national de la radiodiffusion (qui n'est pas un régulateur convergent) est responsable de la réglementation des services de médias audio. Pour compliquer davantage les choses, la loi prévoit que le Conseil est également l'actionnaire des radiodiffuseurs de service public, à savoir la télévision et la radio lettones. Cela signifie, comme le font remarquer à juste titre les radiodiffuseurs commerciaux, qu'il existe un conflit d'intérêt inhérent, dans la mesure où le Conseil réglemente les médias privés et publics tout en promouvant les intérêts (en particulier financiers) des radiodiffuseurs de service public.

III. Nouvelle terminologie, nouvelles définitions, nouveaux problèmes

La loi lettone actuelle ne fait pas mention de la vidéo à la demande, des produits alimentaires non sains («junk food») et de l'autorégulation, de l'éducation aux médias et de l'accès pour les handicapés ni même du placement de produit. Cette nouvelle terminologie pose un problème dans la mesure où la langue lettone, déjà paralysée par 50 ans de terminologie soviétique, doit désormais adapter celle de la directive afin de rendre la loi, à défaut de la rédiger de la façon la plus élégante qui soit, au moins lisible et compréhensible. Certaines des questions les plus importantes sont traitées ci-dessous.

IV. Services non linéaires

Un simple copier-coller associé à une disposition concernant la radiodiffusion a conduit à la définition suivante :

« Les services de médias audiovisuels et audio à la demande (c'est-à-dire les services de médias audiovisuels et audio non linéaires) constituent les services de médias audiovisuels et audio fournis par un fournisseur de services de médias au moment choisi par l'utilisateur et à la demande individuelle de l'utilisateur, à sa requête, sur la base du catalogue de programmes proposés par le fournisseur de services de médias. »

Dans la partie opérationnelle de la loi, les services de médias audiovisuels non linéaires doivent non seulement suivre les mêmes règles que dans la directive mais également les règlements du Conseil des ministres letton sur la classification des films, ce qui signifie que les films diffusés devront être accompagnés d'un logo indiquant leur classification (cf. considérant 45 de la Directive SMAV). Bien entendu, cela pose la question de savoir comment le Conseil va contrôler le respect des règles. Du fait de la crise économique et des sévères coupes budgétaires que subit actuellement le secteur public, cela constitue, pour le Conseil et ses ressources déjà limitées en termes de personnel et d'équipement, un réel défi à relever ces prochains mois.

9) Projet de communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État du 4 novembre 2008, disponible sur : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/broadcasting_communication_fr.pdf

10) Voir également la déclaration du Comité des ministres sur l'indépendance et les fonctions des instances de régulation pour le secteur de la radiodiffusion (adoptée par le Comité des ministres le 26 mars 2008 lors de la 1022^e réunion des délégués des ministres).

V. Produits alimentaires non sains et autorégulation

Au tout début du processus de rédaction mené à bien par le Conseil en 2007, la question de la publicité pour les produits alimentaires non sains n'était pas liée à l'autorégulation. Toutefois, le projet final requiert que tous les fournisseurs de services établissent leurs propres codes de conduite qui doivent inclure les dispositions de l'article 3, paragraphe 2, de la Directive SMAV. Il semble qu'il s'agisse d'une véritable autorégulation car aucune sanction n'est prévue en cas de publicité inappropriée pour ces boissons et produits alimentaires.

VI. Éducation aux médias

A strictement parler, la question de la promotion de l'éducation aux médias ne relève pas des compétences du Conseil national de la radiodiffusion. Toutefois, cela ne signifie pas que la question n'a pas été débattue lors de plusieurs tables rondes organisées avec des enfants, des enseignants et le ministère de l'Éducation et de la Science. Reste à savoir si la Lettonie l'introduira comme une matière spécifique ou l'intégrera à une autre matière dans les programmes scolaires. D'autre part, il est évident que les adultes ont également besoin d'informations et de conseils dans ce domaine. Aucun mécanisme de suivi des niveaux d'éducation aux médias, tel que prévu par l'article 26 de la Directive SMAV, n'est encore envisagé.

VII. Accès des personnes ayant des besoins spéciaux

La directive innove également en exigeant que soient encouragés « les fournisseurs de services de médias qui relèvent de [la] compétence [des États membres] à veiller à ce que les services qu'ils offrent deviennent progressivement accessibles aux personnes souffrant de déficiences visuelles ou auditives » (article 3 *quater*). Le projet actuel oblige déjà les médias de service public à diffuser des programmes pour les personnes ayant des besoins spéciaux et il reste à incorporer un élément d'accès supplémentaire. On pourrait s'inspirer, à cette fin, des idées et des exemples de bonnes pratiques qui figurent, notamment, dans les règles d'accès de la Commission irlandaise de la radiodiffusion. Evidemment, l'imprécision de l'expression « encouragent les fournisseurs de services de médias » n'aide pas. La situation économique actuelle (certains télédifuseurs ont déjà vu leurs recettes publicitaires chuter jusqu'à 40 %) ne plaide pas en faveur d'éventuelles dépenses supplémentaires consacrées aux descriptions audio, à la signalétique, etc.

VIII. Règles relatives à la publicité

Les règles concernant les « communications commerciales audiovisuelles » - expression considérée par beaucoup comme lourde et inutile - se sont avérées utiles dans la mesure où elles ont joué un rôle indirect dans l'élaboration de définitions plus claires des différents types de publicité, par exemple :

- Spot publicitaire – diffusion publicitaire ne dépassant pas 90 secondes ;
- Spot publicitaire étendu – diffusion publicitaire dépassant 90 secondes et donnant au public des informations détaillées sur des biens, des services, des sociétés, des personnes, des organisations, leurs activités ou idées ;
- Publicité interactive – publicité permettant à l'utilisateur d'accéder à un contenu plus détaillé du message publicitaire, séparément de la partie éditoriale du programme ;
- Publicité en écran partagé – publicité diffusée sur un côté de l'écran simultanément avec le programme diffusé, par exemple texte déroulant, logos, courts spots publicitaires ou autre type de publicité ;
- Publicité virtuelle – publicité placée électroniquement sur une image à l'écran pendant une diffusion.

La directive définit la communication commerciale audiovisuelle comme « des images, combinées ou non à du son, qui sont conçues pour promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique ». Le texte proposé de la convention révisée va plus loin en incluant les « images conçues pour promouvoir une cause ou une idée, ou pour entraîner d'autres effets ». La précision est utile car les élections du Parlement européen et les élections municipales lettones étant imminentes, nous verrons sans aucun doute pendant

les campagnes électorales des cas de publicité politique clandestine : des candidats participant à divers jeux, ouvrant de nouveaux salons de coiffure ou étant interviewés à l'occasion d'autres événements sans importance, autrement dit des «non-événements». Dans ce contexte, la notion étendue de communication commerciale audiovisuelle donnée par la convention sera particulièrement utile.

IX. Placement de produit

La volonté initiale du Conseil de la radiodiffusion était d'interdire le placement de produit, mais il est rapidement devenu évident que les chances pour que l'industrie accepte une telle interdiction étaient très faibles et que, du fait des fortes et inévitables pressions exercées par l'industrie sur le parlement, le projet de loi adopté par ce dernier finirait selon toutes probabilités par autoriser le placement de produit.

La position britannique pose des questions intéressantes. Andy Burnham, secrétaire d'État britannique à la Culture, aux Médias et au Sport, a déclaré le 11 mars 2009 à propos de la décision finale prise par son pays au sujet du placement de produit :

« Tout compte fait et en étant attentif à la nécessité de préserver la confiance accordée par le public aux télédiffuseurs et à la réputation de grande qualité de la télévision britannique, le gouvernement a estimé qu'aucune preuve concluante n'a été avancée pour établir que l'avantage économique découlant de l'introduction du placement de produit suffit pour contrebalancer son impact préjudiciable sur la qualité et les normes de la télévision britannique et sur la confiance que lui accordent les téléspectateurs. En conséquence, le gouvernement a décidé de maintenir le *statu quo* de sorte que le placement de produit restera interdit dans les programmes télévisés faits par et pour les télédiffuseurs du Royaume-Uni. »

Un lecteur plus cynique pourrait déduire de cette déclaration que dans les États membres qui permettent ou permettront à l'avenir le placement de produit, la qualité et les normes de la télévision ne sont pas aussi élevées qu'en Grande-Bretagne, que les téléspectateurs lui font moins confiance et que le placement de produit n'aura pas d'impact préjudiciable. Une autre question qui se pose est celle des fournisseurs de services de médias enregistrés dans un État membre mais ciblant le public d'un autre pays. Dans le cas des États baltes, la First Baltic Channel est depuis longtemps un sujet de discussion avec l'Ofcom britannique. Cette chaîne satellite dispose d'une licence en Lettonie sous son nom letton *Pirmais Baltijas Kanāls* mais elle dispose également d'une licence au Royaume-Uni sous son nom anglais First Baltic Channel, bien qu'au Royaume-Uni le titulaire de la licence pour cette chaîne soit une société différente de celle installée en Lettonie. Bien entendu, la question est de savoir ce qui se passerait s'il y avait un placement de produit dans les programmes faits par et pour le télédiffuseur enregistré en Lettonie où cette pratique serait autorisée. Si le Royaume-Uni considère cette chaîne comme relevant de sa compétence car toutes les principales décisions éditoriales sont prises dans le pays, des problèmes se poseront sans aucun doute. Toutefois, il ne s'agit que d'un cas hypothétique et il reste à voir ce qui se passera dans la pratique.

A nouveau, pour rédiger la loi, il convient de faire attention en utilisant la technique du copier-coller ; si la définition du placement de produit fait référence aux médias audio et audiovisuels, les règles subséquentes devraient également faire référence aux deux notions. Par rapport aux autres instances de régulation, le Conseil letton pourrait être considéré comme étant désavantagé dans la mesure où il ne peut pas émettre de lignes directrices ou de codes que seraient tenus de respecter les fournisseurs de services de médias. En référence au placement de produit, cela peut s'avérer problématique lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des concepts tels que la mise en avant de manière injustifiée, la valeur significative, l'information claire des téléspectateurs et auditeurs et l'identification comme tels des programmes avec placement de produit. La Lettonie n'est pas le seul pays à devoir réfléchir à la définition de ces expressions et parvenir à un accord avec les fournisseurs de services de médias. Le Conseil pourrait adapter sa décision de mars 2008 sur la façon dont il interprète les règles de publicité et de parrainage pour couvrir le placement de produit. Par exemple, les règles de parrainage actuelles prévoient que le nom ou le logo d'un parrain entendu ou vu au début ou à la fin d'une émission doit avoir une durée telle que le téléspectateur ou l'auditeur ne puisse avoir aucun doute sur le fait que le programme est parrainé et par qui. L'indication du parrainage ne peut pas être une publicité évidente ou clandestine. Il ne peut inclure aucun autre message publicitaire, par exemple en indiquant le prix à côté du logo du produit d'un parrain ou un quelconque autre encouragement à acheter le produit.

Il y a deux ans, une émission de cuisine était présentée par l'un des plus grands chefs letton qui se rendait dans les capitales européennes pour faire découvrir la cuisine locale au public letton. A la fin de l'émission, ce chef disait : « Ne ratez pas l'émission de la semaine prochaine pour savoir où je me suis rendu avec AirBaltic en utilisant ma carte de crédit Hansabank ! » Il s'agit évidemment d'un exemple extrême de mise en avant de manière injustifiée et il a été rapidement mis un terme à cette pratique, mais la question est de savoir où placer la limite. Il pourrait s'agir d'un bon exercice de coopération internationale entre les régulateurs. Bien entendu, il est impossible de transposer aveuglément les lois et réglementations d'un État à l'autre mais l'échange de bonnes pratiques est très utile et, à cet égard, l'EPRA est une ressource inestimable. Bien qu'il ne soit pas prévu de conclure d'autres accords formels avec d'autres régulateurs (un accord tripartite avec l'Estonie et la Lituanie voisines a déjà été signé), cette éventualité ne peut être ignorée et un accord sur la consultation préalable à l'octroi de licence pour les chaînes délocalisées pourrait s'avérer très utile.

Le processus de transposition, bien que long et ardu, s'est néanmoins avéré un exercice utile pour moderniser la législation actuelle et améliorer le dialogue avec les autres parties prenantes. Reste désormais à voir avec quelle rapidité le parlement mettra la théorie en pratique.

Pas de nouvelles, mauvaises nouvelles

La Directive SMAV en Espagne

Joan Botella¹

Universitat Autònoma de Barcelona

En avril 2009, la transposition de la nouvelle Directive Services de médias audiovisuels (SMAV) dans la loi espagnole n'avait pas encore pris forme : les élections législatives de mars 2008 et le poids des difficultés économiques (pour l'économie espagnole en général, mais également pour le secteur de la radiodiffusion) ont écarté la nouvelle réglementation du rang des priorités. On observe cependant certaines avancées.

Le Conseil des ministres a exhumé le projet de loi sur la radiodiffusion qui, en préparation à l'automne 2005, n'était jamais parvenu jusqu'au parlement (à l'exception de quelques paragraphes traitant du statut et du financement du diffuseur public Televisión Española). Actuellement, le Conseil des ministres envisage plusieurs possibilités pour en actualiser le contenu afin de l'ajuster au nouveau cadre européen posé par la Directive SMAV. Des débats ont déjà eu lieu au sein des principales chaînes privées. Enfin, le statut du diffuseur national du service public, TVE, fait une fois de plus l'objet d'une sérieuse révision.

Trois grands problèmes font l'objet d'intenses discussions (qui ont encore lieu derrière des portes fermées) : les défis économiques auxquels le marché de la télévision est actuellement confronté ; la recherche d'un modèle opérationnel pour la TNT (télévision numérique terrestre) ; et l'absence d'une autorité nationale de régulation capable de traiter des problématiques relatives aux services de médias audiovisuels au niveau national. Trois points importants qu'il faudra bien prendre en compte dans la démarche de transposition de la Directive SMAV.

I. Le marché de la télévision et les règles d'accès

L'année 2008 a vu une chute des investissements publicitaires d'environ 11 % ; plus grave, cette récession s'est concentrée sur le dernier trimestre de l'année. De ce fait, les perspectives pour 2009 sont assez moroses. Alors que le basculement de l'analogique au numérique est prévu pour avril 2010², la question qui se pose est de taille : combien de chaînes nationales le marché espagnol de la télévision peut-il soutenir ? Le ministère a fini par livrer sa réponse : si l'on excepte le diffuseur du service public, trois semble être le "chiffre magique". Au niveau des chaînes privées, le marché se divise actuellement en deux blocs : les deux principaux diffuseurs privés, Antena 3 et Tele 5, qui affichent chacun une part d'audience autour de 18 % ; et deux concurrents modestes quoique agressifs, Cuatro et La Sexta, qui détiennent chacun une part de marché d'environ 8 %. La part du diffuseur national du service public représente 20 % du marché, tandis que les chaînes régionales cumulent ensemble une part de 15 %, ce qui n'est pas négligeable. Le reste du marché est absorbé par le satellite, l'ADSL, le câble, etc.

1) Joan.botella@uab.eu

2) Voir Trinidad García-Leiva, (ES) *Soria parachève son passage au numérique*, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2008/9/article11.fr.html>

Le gouvernement et les diffuseurs estiment que cette fragmentation n'est pas souhaitable. Un récent décret gouvernemental (entre-temps transformé en projet de loi par le parlement et de ce fait, pas encore entré en vigueur) permet aux actionnaires de n'importe quelle société de radiodiffusion d'acquiescer plus de 5 % des parts d'une autre société du secteur, à la condition que le cumul de l'audience ne dépasse pas le seuil de 27 %. Dans la pratique, cela signifie que les deux diffuseurs privés ne seraient pas autorisés à se tourner l'un vers l'autre pour faire alliance, mais que les deux petits diffuseurs commerciaux pourraient devenir partenaires d'un grand, ou même s'allier. Chacune de ces possibilités recèle des avantages : La Sexta possède les droits exclusifs de la Ligue nationale de football et Cuatro a passé des accords d'exclusivité avec les *majors* américaines. Par conséquent, des fusions sont probables et les négociations semblent se multiplier.

II. Modèle de la future TNT et avenir du diffuseur public

En Espagne, la télévision a développé, de manière assez traditionnelle, un modèle de gratuité dans lequel la publicité était la principale source de recettes. Celles-ci étant en chute libre alors que le nombre d'émissions augmente, les chaînes privées considèrent que ce modèle ne convient pas et plaident en faveur d'une télévision numérique à péage, à la carte ou sur abonnement. Mais un tel changement nécessiterait une modification de la loi dans la mesure où la législation espagnole actuelle envisage la TNT sous forme de service public gratuit³.

Or les diffuseurs privés mettent en avant une approche plus radicale et il semble que le gouvernement soit en passe de l'accepter. Cela passerait par un changement des règles régissant le fonctionnement du diffuseur public. Ces règles ont déjà fait l'objet de changements récents (loi 17/2006, relative à la radio et à la télévision publiques). La société espagnole de radiodiffusion, RTVE (Radio Televisión Española), est devenue un organe indépendant, avec un bureau élu par le parlement et pour mission de réduire la présence publicitaire à raison d'une minute de moins chaque année (c'est-à-dire 11 minutes en 2008, 10 minutes en 2009 et ainsi de suite). Cette loi accompagnait la prise en charge par le gouvernement de la dette contractée par RTVE depuis 1996.

Aujourd'hui, un changement radical est envisagé : l'élimination complète de la publicité sur les chaînes publiques (ce qui est déjà le cas sur les radios publiques). Suite aux récents changements intervenus en France, RTVE devrait être financée par une taxe spéciale prélevée sur les recettes des chaînes commerciales et éventuellement, par une taxe sur les bénéfices des opérateurs de télécommunications. Le ministère et les chaînes commerciales sont parvenus à un accord. Un projet de loi pourrait être immédiatement soumis au parlement en vue d'être adopté dans les prochains mois.

III. L'inexistence d'une autorité indépendante de régulation

Le troisième sujet est celui de l'exception espagnole, que l'on peut résumer par une question : est-il possible d'appliquer la réglementation de la radiodiffusion sans régulateur indépendant ? Les tentatives du ministère espagnol pour promouvoir un code d'autorégulation émanant des diffuseurs se sont soldées par des échecs complets. Loin d'adhérer à une mise en application volontaire du code d'autorégulation mis en place, les diffuseurs se sont empêtrés dans des scandales sur un grand nombre d'émissions.

Les diffuseurs privés s'opposent à l'idée d'une autorité nationale de régulation, alors qu'au sein du Conseil des ministres, deux raisonnements sont en concurrence : le ministre de l'Industrie semble favoriser un régulateur fort, voire même une convergence avec la CMT (Commission du marché des télécommunications), alors que les services du Premier ministre envisagent plutôt un régulateur centré sur les questions de contenu (comme par exemple la protection des mineurs) et doté d'un minimum de pouvoirs en matière de régulation du marché. Quoi qu'il en soit, il demeure un problème non négligeable : quelles relations le régulateur national en devenir entretiendra-t-il avec les régulateurs régionaux existants ? Il convient de préciser que ces derniers sont reconnus comme leurs pairs par tous les autres régulateurs européens (dans le cadre de l'EPRA) et par la Commission européenne elle-même

3) La loi 10/2005 du 14 juin (loi de promotion de la TNT, de libéralisation de la télévision par câble et de promotion du pluralisme) précise cela.

(du fait de leur présence régulière aux réunions du Groupe à haut niveau des Présidents des autorités de régulation). Certains ont fait remarquer que la Belgique et l'Allemagne n'ont pas de régulateur national. Il reste que cette approche fédérale ne semble pas avoir les faveurs du gouvernement.

Celui-ci, dont le parti ne dispose que de la majorité relative au parlement, risque d'avoir des difficultés pour récolter le soutien des autres partis. Le principal groupe d'opposition, le *Partido Popular* conservateur, rejette l'idée d'un régulateur indépendant ; les petits partis de gauche ne soutiennent pas l'allègement des chaînes publiques ; enfin, les groupes régionaux et nationalistes désirent la protection des chaînes régionales publiques.

Dans ce contexte, l'absence d'un processus formel d'élaboration d'un projet laisse la porte ouverte aux rumeurs, aux négociations à couvert et à un manque général de transparence quant à la transposition de la Directive SMAV. À cela s'ajoutent la traditionnelle faiblesse de la réglementation et une certaine légèreté dans l'application des textes. La régulation des médias espagnols semble ainsi susciter chez les observateurs plus d'inquiétude que d'optimisme.

Porté par un incroyable progrès technologique, le secteur de l'audiovisuel a connu une mutation sans précédent au cours de la dernière décennie. Cette mutation a remis en cause le cadre de réglementation en vigueur. En adoptant la directive sur les services de médias audiovisuels, l'Europe a franchi une première étape importante dans le processus d'adaptation de son cadre réglementaire.

Conscients de l'importance cruciale de ce processus d'adaptation, nous lui avons déjà consacré deux numéros de notre série IRIS Spécial, intitulés « Services de médias audiovisuels sans frontières » et « La responsabilité éditoriale ». Parallèlement, vous trouverez des articles sur un certain nombre d'aspects liés à la directive dans notre collection IRIS plus (www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus).

Le présent numéro d'IRIS Spécial vient compléter ces publications avec un élément très important : la transposition de la directive dans le droit national, seconde étape décisive du processus d'adaptation du cadre de réglementation des services de médias en Europe. Ce numéro présente les concepts clés de la directive et examine leur signification dans la transposition en droit national. IRIS Spécial observe les problèmes concrets et les solutions qui se dégagent dans le cadre de la transposition de la directive dans les différents États membres de l'UE. Ensuite, il s'attache aux questions corollaires liées à la régulation et au contrôle.

Cette étude fait clairement apparaître d'une part, les profondes différences existant d'un État à l'autre au niveau de la transposition de la directive, et d'autre part, l'impact des disparités des différents États en termes de tradition juridique. De nombreux exemples permettent de démontrer que les concepts et les normes très larges de la directive laissent une grande latitude aux différents États pour mettre en place des solutions nationales diversifiées, notamment dans le domaine des services non-linéaires. Par ailleurs, on s'aperçoit que la culture de régulation actuelle de certains États membres devra évoluer, car la directive comporte une série de dispositions visant à l'adaptation et l'harmonisation durable du droit des États membres.

Illustration par des exemples des objectifs et des priorités de la directive sur les services de médias audiovisuels

- Promotion de la diversité culturelle
- Protection contre les discours incitant à la haine et autres contenus illicites
- Protection spécifique des mineurs
- Encadrement de la publicité
- Placement de produits
- Droit aux brefs reportages d'actualité

Les enjeux liés à la transposition de la directive dans le droit national

- Compréhension, acceptation et application des solutions retenues
- Intégration des concepts prescrits dans le droit des médias applicable
- Distinction entre services linéaires et non-linéaires
- Définition de la responsabilité éditoriale
- Risques de conflits
- Corégulation : dans quels domaines et sous quelle forme ?
- Délégation aux instances de régulation (indépendantes)
- Droit de réponse des citoyens et des professionnels
- Surveillance du respect des droits
- Rôle des autorités de régulation
- Compétence de contrôle de l'application et du respect des dispositions au cas par cas

