

La réglementation des services audiovisuels à la demande : chaos ou cohérence ?



IRIS Spécial:

La réglementation des services audiovisuels à la demande : chaos ou cohérence ?

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2011
ISBN: 978-92-871-7300-3
EUR 98,50

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:

Sabina Gorini, Julie Mamou, Britta Probol, Nadja Ohlig, Erwin Rohwer, Anne-Lise Weidmann

Photocomposition/Impression :

Pointillés, Hoenheim (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* : La réglementation des services audiovisuels à la demande : chaos ou cohérence ?
(Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2011)

© Observatoire européen de l'audiovisuel, 2011.

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.

**La réglementation
des services audiovisuels
à la demande :
chaos ou cohérence ?**

La réglementation des services audiovisuels à la demande : chaos ou cohérence ?

Publié par l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Il n'est pas rare que la Commission européenne adresse aux Etats membres des lettres de demande d'informations, afin de s'assurer qu'ils mettent en œuvre correctement tous les aspects des directives de l'UE dans le délai qui leur est imparti. Les lettres adressées en mars 2011 à la Belgique, à la Bulgarie, à la République tchèque, au Danemark, à la Finlande, à la France, à la Grèce, à l'Irlande, à l'Italie, à Malte, aux Pays-Bas, à la Roumanie, à l'Espagne, à la Suède, à la Slovaquie et au Royaume-Uni, puis début septembre à l'Autriche, à Chypre, à l'Estonie, à l'Allemagne, à la Hongrie, à la Lettonie, à la Lituanie et au Luxembourg, s'interrogeaient sur la compatibilité des lois de ces différents pays avec les dispositions de la Directive Services de médias audiovisuels. Elles s'inscrivent ainsi dans les procédures prévues pour clarifier les mesures de transposition adoptées et ne doivent en aucun cas être confondues avec les procédures d'infraction engagées par la Commission à l'encontre de la Slovaquie et de la Pologne, au motif que ces deux Etats n'ont pas transposé l'ensemble ou certaines parties de la directive. Pour un observateur neutre, néanmoins, l'éventail des questions et le niveau de détail des informations demandées par la Commission européenne indiquent que la transposition de la Directive SMAV dans le droit et les pratiques de chaque pays est une tâche aussi ardue que celle qui consiste à garantir le respect des dispositions et de l'esprit du texte.

Des difficultés particulières peuvent se présenter du fait que la réglementation des services de médias audiovisuels est à plusieurs égards une entreprise « duelle » qui s'adresse à des « faux-jumeaux ». Les Etats membres sont relativement familiers de « l'aîné » des jumeaux, c'est-à-dire des services de médias audiovisuels linéaires, car ils ont eu plusieurs années pour apprendre à cerner ces services sous le régime de la Directive Télévision sans frontières. Ils disposent en la matière de règles nationales qui n'appellent qu'un simple ajustement à certains aspects nouveaux du cadre réglementaire européen. Le « cadet » des jumeaux, les services de médias audiovisuels non linéaires, constitue en revanche un casse-tête, notamment parce que les Etats membres ignorent encore comment il va évoluer concrètement. Va-t-il se fortifier et connaître le succès, au point, peut-être, de surpasser rapidement son frère ? Ou aura-t-il encore longtemps besoin d'être choyé ? Sera-t-il docile et facile à orienter, ou égocentrique et turbulent ?

Ce volet non linéaire est également difficile à appréhender parce qu'il n'a pas encore été soumis à une régulation spécifique en termes de contenus, et qu'on ne sait pas précisément comment les systèmes nationaux pourront être étendus ou modifiés pour en tenir compte. Ce qui est certain, c'est que la réglementation des services de médias audiovisuels devra englober

ces deux « jumeaux » et former un tout : les services linéaires seront soumis à des règles plus strictes que les services non linéaires, mais les deux séries de réglementations, considérées dans leur globalité, devront garantir l'existence d'une situation de concurrence équitable, de la même façon que les deux pièces d'un ensemble doivent nécessairement être assorties.

Cet IRIS Spécial aborde les problèmes soulevés par cette nouvelle tâche que constitue la réglementation des services de médias audiovisuels non linéaires, communément appelés « à la demande ». A l'instar des lettres envoyées par la Commission européenne, il commence par s'interroger sur la façon dont les Etats membres ont défini les services audiovisuels à la demande lors de la transposition de la Directive SMAV. Dans cette optique, il explore dans un premier temps le cadre technique des terminaux connectés à internet et des services de télévision hybride qui pourraient, potentiellement, accroître encore ce défi réglementaire particulier en transformant services linéaires et non linéaires en « frères siamois ». Notre publication revient ensuite en détail sur la solution très complexe retenue par la Directive SMAV pour délimiter les différents types de services de médias, y compris ceux qui ne sont pas nécessairement couverts par son champ d'application, mais relèvent éventuellement d'autres textes de l'UE. Elle s'intéresse subséquemment à l'approche choisie plus spécifiquement par certains Etats membres pour établir leurs définitions, et à leurs difficultés à trouver des solutions à la fois conformes aux exigences de l'UE, en phase avec la technologie et compatibles avec leurs systèmes juridiques nationaux. Dans l'idéal, ces solutions doivent également procéder du bon sens et être gérables dans la pratique. L'IRIS Spécial se penche ensuite sur l'incitation à recourir davantage à l'autorégulation et à la corégulation formulée par la Directive SMAV. Il présente plus précisément au lecteur les premières expériences de ces formes de régulation. Ces exemples, issus du Royaume-Uni et de l'Allemagne, concernent les domaines de la protection des mineurs et des communications commerciales. Un autre ensemble de contributions résume les remarques, commentaires et questions que pourraient émettre les consommateurs, les acteurs du secteur ou les régulateurs s'ils étaient eux-mêmes amenés à adresser une lettre de demande d'informations à la Commission européenne ou à un Etat membre. En complément, la publication reprend les points essentiels abordés lors d'une table ronde organisée sur ces thèmes, et résume la teneur des interventions présentées pour nourrir le débat.

En un mot, cet IRIS Spécial synthétise l'expérience et les connaissances de 25 experts en droit des médias audiovisuels, en restituant leurs interventions, orales et écrites, partagées et débattues à l'occasion d'un atelier d'une journée intitulé :

« Whose Boots Are Made for Walking?

Faut-il soumettre les services à la demande à une réglementation, les confier à l'autorégulation et la corégulation, ou recourir à la législation générale ? »)

Cet atelier s'est tenu le 20 avril 2011 dans les locaux de la City Law School à la City University de Londres. Nous tenons à remercier tout particulièrement Lorna Woods et son équipe, qui ont accueilli cette manifestation et en ont assuré en partie la modération ; les auteurs des différents chapitres de cette publication, Sebastian Artymiak, Mark D. Cole, Marcel Betzel, Roberto Viola et Maja Cappello, Chris Dawes, Vincent Porter, Erik Valgaeren et Lore Leitner, ainsi que Joan Barata Mir, qui nous ont fourni le texte de leurs interventions après mise à jour ; mais aussi tous les autres participants à cet atelier, à savoir Emmanuelle Machet, Nico van Eijk, Peter Bourton, Marcel Boulogne, Ray Gallagher, Jussi Mäkinen, Juraj Polak, Anne-Catherine Berg, Thomas (Tom) Roukens et Francisco Cabrera, qui ont partagé leurs connaissances et leurs opinions. Nous

remercions également Olivier Hermanns et Peter Matzneller d'avoir synthétisé les débats sous forme de compte rendu. Enfin et surtout, un grand merci à Alexander Scheuer et à toute l'équipe de l'Institut du droit européen des médias, qui ont co-organisé cet événement et apporté un soutien constant à l'élaboration de cette publication.

Avec l'aide de ses institutions partenaires et de son réseau, l'Observatoire européen de l'audiovisuel continuera d'étudier les dernières évolutions en matière de réglementation des services audiovisuels à la demande (par exemple dans son bulletin mensuel, voir <http://merlin.obs.coe.int/newsletter.php>), tout en s'efforçant de contribuer à la cohérence du débat.

Strasbourg, octobre 2011

Wolfgang Closs
Directeur exécutif

Susanne Nikoltchev
Responsable du Département Informations juridiques

TABLE DES MATIÈRES

“Whose Boots Are Made for Walking?”

La régulation des services audiovisuels à la demande

Olivier Hermans et Peter Matzneller, Institut du droit européen des médias (EMR) 9

Introduction à différents types de services audiovisuels à la demande

Sebastian Artymiak, Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT). 37

Le cadre juridique européen des services à la demande : Quelle directive pour quels services ?

Mark D. Cole, Université du Luxembourg. 41

La régulation des services à la demande en Italie

Roberto Viola et Maja Cappello, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) 55

L’affinement des critères de classification des services de médias audiovisuels à la demande : l’approche des Pays-Bas

Marcel Betzel, Commissariaat voor de Media (CvdM) 61

Allemagne : quelques aspects de la réglementation des communications commerciales dans les services audiovisuels à la demande

Alexander Scheuer, Institut du droit européen des médias (EMR) 71

Corégulation et autorégulation dans le domaine de la protection des mineurs au Royaume-Uni

Chris Dawes, Ministère de la Culture, des Médias et des Sports 83

La nouvelle Directive Services de médias audiovisuels et ses destinataires : le secteur de l’audiovisuel face à de nouveaux défis

Lore Leitner et Erik Valgaeren, Stibbe 89

La réglementation des services audiovisuels à la demande : Les attentes des consommateurs européens

Vincent Porter, European Alliance of Listeners’ and Viewers’ Associations (EURALVA) 97

Les attentes des législateurs et des autorités de régulation dans le domaine des services de médias audiovisuels à la demande

Joan Barata Mir, Faculté des sciences de la communication Blanquerna, Université Ramon Llull 105

“Whose Boots Are Made for Walking?”

La régulation des services audiovisuels à la demande

**Compte rendu de l’atelier organisé conjointement
par l’Observatoire européen de l’audiovisuel
et l’Institut du droit européen des médias
le 20 avril 2011 à Londres**

Olivier Hermanns et Peter Matzneller**
Institut du droit européen des médias (EMR)*

Avec la généralisation (accrue) des téléviseurs hybrides qui offrent principalement au téléspectateur la possibilité de visionner sur un même écran des programmes télévisés traditionnels et des services audiovisuels à la demande, la question d’une régulation adaptée aux services audiovisuels se pose à nouveau de façon particulièrement aiguë. Avec la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV¹), les Etats membres de l’Union européenne disposent désormais d’un cadre juridique couvrant à tout le moins une partie des services audiovisuels.

C’est dans ce contexte que s’est tenu à Londres, le 20 avril 2011, un atelier organisé à l’initiative conjointe de l’Observatoire européen de l’audiovisuel (OEA) et de l’Institut du droit européen des médias (EMR), en partenariat avec la City Law School de la City University de Londres². Cet atelier a permis de dresser un état des lieux à la fois des modes et des niveaux de transposition de la Directive SMAV dans les Etats membres, mais aussi du cadre juridique applicable aux services (de médias) audiovisuels au-delà des dispositions de la directive.

Nouvelle manifestation d’un paysage médiatique en perpétuelle métamorphose, les services à la demande soulèvent d’innombrables questions, qui ont été abordées lors des neuf interventions composant l’atelier, puis débattues avec les participants. Le premier orateur a décrit, sur la base d’exemples concrets, les différents services à la demande qui existent à ce jour et sont notamment accessibles au moyen de téléviseurs hybrides. L’intervenant suivant a précisé le champ d’application des différentes

* Olivier Hermanns est juriste spécialisé dans le droit des médias auprès du ministère de la Communauté germanophone à Eupen (en Belgique).

** Peter Matzneller est chercheur associé à l’Institut du droit européen des médias (EMR) de Sarrebruck/Bruxelles.

1) Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (Directive « Services de médias audiovisuels » - version codifiée), JO n° L 95 du 15 avril 2010, p. 1, rectificatif publié au JO n° L 263 du 6 octobre 2010, p. 15 (Directive SMAV).

2) L’atelier était animé par Susanne Nikoltchev, responsable du département Informations juridiques à l’Observatoire européen de l’audiovisuel, et par Lorna Woods de la City University de Londres.

dispositions européennes relatives aux services audiovisuels à la demande. Quatre contributions ont ensuite fait état de la mise en œuvre des exigences européennes dans quatre systèmes juridiques nationaux. Aux termes de l'article 4, alinéa 7, de la Directive Services de médias audiovisuels, les Etats membres sont tenus d'encourager les régimes de corégulation et/ou d'autorégulation au niveau national, dans la mesure où leur ordre juridique le permet. Plusieurs contributions ont par conséquent étudié de plus près si les Etats membres avaient effectivement eu recours à ce type d'initiatives, et quels dispositifs de corégulation ou d'autorégulation avaient été mis en place dans le domaine des services audiovisuels non linéaires. Des exemples de systèmes de régulation de ce type existent en effet dans plusieurs Etats membres, notamment en matière de « communications commerciales » et de « protection des mineurs ». Pour finir, les trois dernières présentations ont abordé les attentes des utilisateurs, des fournisseurs de services, ainsi que des législateurs et des autorités de régulation vis-à-vis de la réglementation.

Le présent compte rendu se propose de résumer les différentes contributions en suivant la chronologie de l'atelier. Il synthétise en outre les conclusions des débats organisés en lien avec chaque intervention principale³.

I. Les différentes formes de services à la demande

Sebastian Artymiak⁴ a présenté dans son intervention les types de services à la demande disponibles actuellement, ainsi que ceux qui devraient voir le jour à court terme. Ces services offrent à l'utilisateur toute une palette de moyens pour consulter des contenus audiovisuels. L'accès à ces services se fait, entre autres, au moyen de récepteurs hybrides (en anglais « *connected devices* », appareils connectés), terme qui désigne des terminaux capables de recevoir des signaux de télévision et pouvant en outre être équipés d'une connexion internet. Il peut s'agir par exemple de téléviseurs à écran plat, de décodeurs, de consoles de jeux ou de lecteurs Blu-ray. Grâce à ces appareils pilotés par une télécommande, un clavier, une souris ou un « smartphone », il est possible de recevoir et de visionner (simultanément) des services non linéaires en sus des programmes télévisés traditionnels.

Sebastian Artymiak a évoqué quelques initiatives intéressantes lancées par les constructeurs de terminaux, d'une part, et par les organismes de radiodiffusion télévisuelle, de l'autre. Les constructeurs ont élaboré des portails tels qu'InfoLive (Samsung) ou Net TV (Philips), lesquels proposent des applications (« apps » en anglais) ainsi que des médiathèques en ligne. Ces services constituent des applications dites « dissociées » (ou « non liées », en anglais « *unlinked/unbounded applications* ») car elles ne sont pas tributaires des contenus proposés par les radiodiffuseurs (au même moment, dans leurs programmes linéaires) et peuvent être consultées indépendamment des programmes diffusés au même moment à l'écran. Le constructeur se retrouve ainsi positionné entre le fournisseur de contenu et l'utilisateur et contribue par là même à la valeur ajoutée proposée par le service, lequel peut générer pour lui des recettes. De nouveaux modèles économiques voient ainsi le jour.

Ceci a offert aux radiodiffuseurs télévisuels de nouvelles possibilités pour développer encore leurs services. Ils ont saisi cette occasion en mettant au point des applications dites « associées » (ou « liées », en anglais « *linked/bounded applications* ») par exemple sur la base de la norme HbbTV (Hybrid Broadcast Broadband TV⁵) ou sous forme de plateformes telles que YouView⁶. Ces dispositifs permettent (au moyen de ce que l'on appelle des « widgets ») d'établir un lien vers les services proposés par le radiodiffuseur à partir du (signal du) programme de celui-ci. Ce lien peut renvoyer vers un site commercial consacré spécifiquement à un produit ou à un service, vers des formes particulières de publicité ou d'annonces, ou encore vers des offres payantes de vidéo à la demande. Certains services tels que Google TV et AppleTV offrent également un accès à des services (de médias) audiovisuels non linéaires. GoogleTV requiert l'utilisation d'un récepteur hybride ou d'un décodeur, et propose des liens

3) Lorsque la présentation diverge de la chronologie réelle des débats dans le présent rapport, c'est dans le but de regrouper, à destination du lecteur, les différents aspects d'un même thème évoqués par les participants.

4) Directeur du service « technologies des médias » au Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. de Berlin (VPRT – fédération allemande des organismes privés de radiodiffusion et de télécommunication). Voir l'article de Sebastian Artymiak dans la présente publication.

5) YouView et la norme HbbTV permettent également d'accéder à des services de télévision de rattrapage.

6) Voir http://www.bbc.co.uk/bbctrust/our_work/canvas/index.shtml et <http://www.youview.com>

vers des contenus audiovisuels (payants, pour certains). AppleTV s'appuie sur un décodeur (ou plutôt, un boîtier de streaming) relié d'une part à internet et d'autre part à un terminal de réception. Cette plateforme permet d'accéder à iTunes et de profiter en streaming de vidéos, films et morceaux de musique payants.

Jugeant intéressant le principe de GoogleTV, les radiodiffuseurs télévisuels ont abordé cette évolution de façon proactive, en initiant eux-mêmes de « nouveaux » projets en lien avec le service. Ils ont par exemple rendu accessibles les données contenues dans leurs guides électroniques de programmes (EPG) ou encore certaines métadonnées relatives aux contenus audiovisuels de leurs médiathèques, sur la base de banques de données et sous une forme optimisée. Le moteur de recherche de GoogleTV peut ainsi avoir accès à des informations fiables et les afficher, le cas échéant. Puisque l'outil prévoit en outre d'indiquer, dans les résultats, la liste des applications correspondant à la requête soumise au moteur de recherche, les radiodiffuseurs ont mis au point des applications spécifiques. Enfin, en élaborant de nouveaux sites internet adaptés aux écrans de télévision, ils ont également tenu compte du fait que GoogleTV affiche aussi, à destination de ses utilisateurs, certains résultats de recherche issus du moteur classique Google et répertorient les items trouvés sur des sites web. Dès la fin de l'année 2011, Google prévoit de proposer en outre une « place de marché » en ligne pour la publicité télévisée. Reste à savoir si celle-ci pourra constituer, pour les diffuseurs, un complément intéressant aux modèles de marketing existants.

Pour finir, l'intervenant a expliqué que la télévision IP (IPTV, *Internet Protocol Television*, c'est-à-dire la diffusion d'émissions de télévision à partir d'un signal utilisant la norme IP), contrairement aux services et technologies évoqués précédemment, n'était pas distribuée via le réseau ouvert d'internet, mais passait par des réseaux administrés (en anglais « *managed networks* ») déployés par les opérateurs de télécommunications. La qualité des applications et des services de VoD proposés dans ces réseaux fermés est supervisée par l'opérateur du réseau, lequel détermine le niveau de qualité et le débit offerts. Il s'agit là d'un exemple d'intégration verticale, dans la mesure où l'opérateur contrôle de ce fait non seulement le réseau, mais aussi le terminal de réception et l'ensemble des services.

Au cours du débat qui a suivi, il a tout d'abord été question de l'apparition de nouveaux modèles économiques. L'un des participants a souhaité savoir dans quelle mesure les fabricants d'appareils choisissaient eux-mêmes les systèmes qu'ils proposaient au grand public (que ceux-ci fassent appel au réseau ouvert d'internet ou à d'autres solutions). Il a en outre demandé si les constructeurs avaient les mains libres pour prendre de telles décisions, ou si ces choix se faisaient exclusivement dans le cadre de négociations commerciales avec les diffuseurs et les opérateurs de réseaux. Sebastian Artymiak a indiqué qu'une partie des fabricants ne considérait que l'option la moins onéreuse (à l'exclusion d'autres critères) lorsqu'ils devaient choisir entre le réseau ouvert d'internet et d'autres solutions. Philips a ainsi opté pour l'internet ouvert, tandis que ses concurrents n'octroient l'accès qu'à un petit nombre de contenus internet (selon le principe du « *walled-garden* »). L'orateur a en outre rapporté que les fournisseurs de contenus devaient négocier avec les fabricants dès lors qu'ils souhaitaient proposer leurs services non seulement sur le réseau ouvert d'internet, mais aussi sur les portails des constructeurs. Ces négociations peuvent être laborieuses et de longue haleine, notamment parce que les fabricants revendiquent un certain pourcentage des recettes générées pour chaque utilisation d'une application. L'orateur a cité l'exemple de la société Apple, qui exige une commission à hauteur de 30 % du prix payé pour chaque application téléchargée. L'apparition des applications et des portails des fabricants contribue là encore à l'émergence d'un nouveau modèle économique.

Un autre participant a demandé si les fabricants proposaient une offre unique dans toute l'Europe, ou au contraire une offre fragmentée, fonction des marchés nationaux. L'intervenant a indiqué que l'offre était adaptée, voire limitée, selon la localisation de l'utilisateur déterminée grâce à son adresse IP, notamment pour des raisons de droit d'auteur (avec la problématique de la gestion des droits numériques ou « *digital rights management* » – DRM).

Le débat s'est ensuite porté sur la capacité des constructeurs à développer leurs offres. Ces dernières sont mises à jour en permanence, avec la mise à disposition d'applications nouvelles ou améliorées. Philips procède ainsi toutes les nuits à une mise à jour. Lorsque l'utilisateur rallume son terminal, le système est automatiquement actualisé. La seule limite à ce potentiel de développement tient au matériel utilisé. Les longues négociations contractuelles entre les fournisseurs de contenus et les

fabricants de terminaux au sujet de l'activation des applications posent également des difficultés pratiques, selon Sebastian Artymiak. Néanmoins, de plus en plus de « *VoD stores* » (boutiques de VoD) sont accessibles à partir de ces appareils.

S'agissant des nouveaux modèles économiques décrits brièvement par l'intervenant, un participant a souhaité savoir s'il était difficile, pour un radiodiffuseur télévisuel, de conclure un accord avec un constructeur ou un opérateur de réseau (notamment dans le cas des « *managed networks* »), et s'il y avait, en la matière, des différences à noter entre ces deux types d'acteurs. Aux dires de Sebastian Artymiak, les rapports entre les radiodiffuseurs télévisuels et les autres parties prenantes sont toujours difficiles. Avant de choisir une plateforme, les radiodiffuseurs doivent évaluer la rentabilité des investissements liés à l'élaboration d'une offre destinée au service proposé par la plateforme. Des problèmes peuvent également se poser vis-à-vis des constructeurs de terminaux, chaque radiodiffuseur ayant ses propres préférences en matière de systèmes de gestion des droits numériques. Les constructeurs, pour leur part, n'utilisent qu'un seul système pour des raisons de coût et sont particulièrement attentifs aux questions de sécurité. Les radiodiffuseurs télévisuels doivent souvent tenir compte en outre du point de vue des câblo-opérateurs. Il serait bon que les fabricants de terminaux choisissent une norme technique commune, laquelle n'existe pas à ce jour pour l'Europe.

Interrogé sur les incitations envisageables pour encourager les constructeurs à mettre au point de nouveaux terminaux récepteurs compatibles avec les applications « liées », Sebastian Artymiak a souligné que l'existence de plusieurs solutions techniques, qui plus est différentes d'un pays à l'autre, constituait une difficulté pour les constructeurs. On trouve ainsi la norme HbbTV en France et en Allemagne, YouView au Royaume-Uni et bientôt la norme MHP (*Multimedia Home Platform*) en Italie, sans oublier les normes MPG et MHEG-5. La prise en compte de la majorité ou de la totalité de ces nombreuses spécifications aurait des répercussions (non négligeables) sur le prix des récepteurs.

Un participant a demandé pour finir dans quelle mesure les constructeurs souhaitaient adopter le modèle économique d'Apple (à savoir une plateforme intégrant contenus, technologie et distribution), tout en faisant remarquer que ce modèle était plutôt perçu négativement par les utilisateurs. De fait, le rôle et le poids des constructeurs ont beaucoup évolué. Dans ce nouveau paysage, ils peuvent décider des fournisseurs ayant accès à leur portail, et des applications susceptibles d'être proposées sur celui-ci.

II. Le cadre juridique européen des services de médias audiovisuels à la demande

Mark D. Cole⁷ a consacré son intervention aux dispositions légales de l'Union européenne qui fixent les critères définissant les services (de médias) audiovisuels à la demande, ou peuvent en tout cas contribuer à leur définition. Il s'est référé par ailleurs aux considérants explicatifs figurant dans différentes directives, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). L'objet de son intervention était de différencier la notion de service de médias audiovisuels à la demande des autres services de médias audiovisuels, d'une part (programmes télévisés), et des autres services (audiovisuels) à la demande, d'autre part.

Pour déterminer si l'on se trouve en présence d'un service de médias audiovisuels à la demande, il y a lieu de s'assurer que les critères cumulatifs énumérés à l'article 1(1)(a)(i) de la Directive SMAV sont bien respectés⁸.

7) Professeur du droit des nouvelles technologies de l'information, du droit des médias et de la communication à l'université du Luxembourg. Voir l'article de Mark D. Cole dans la présente publication.

8) Les différents intervenants ont comptabilisé de façon variable les critères qui définissent un service de médias audiovisuels (à la demande). D'une part, cela signifie que certains éléments constitutifs cités à l'article 1(1)(a)(i) peuvent dans certains cas se trouver combinés, mais aussi que certains points des considérants peuvent être inclus dans les critères. D'autre part, cela dépend manifestement aussi de la prise en compte ou non (en sus) des éléments constitutifs issus des autres définitions juridiques évoquées dans l'article 1(1).

Tout d'abord, il doit s'agir d'une prestation de service au sens des articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Selon le considérant 21 de la Directive SMAV, ce terme doit ainsi « englober toutes les formes d'activité économique, y compris l'activité économique des entreprises de service public, mais exclure les activités dont la vocation première n'est pas économique et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites web privés et les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt ». Selon le considérant 23, le service de médias doit être de nature audiovisuelle, c'est-à-dire se référer à des images animées, combinées ou non à du son. Le terme couvre les films muets, mais pas la transmission audio ni les services de radiodiffusion ; il concerne aussi les contenus fondés sur le texte qui accompagnent les programmes. Il doit s'agir d'un média de masse, même si cette condition ne figure pas explicitement dans le dispositif même de la directive. Pour apprécier ce critère, il faut s'assurer que le service à la demande est « [destiné] à être [reçu] par une part importante de la population et [...] [est susceptible] d'avoir sur elle un impact manifeste » (considérant 21 de la Directive SMAV).

Deuxième critère : il faut que le fournisseur de services de médias assume la responsabilité éditoriale du service. Au sens de l'article 1(1)(c) de la Directive SMAV, il doit en conséquence exercer un contrôle effectif « tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation, [...] sur un catalogue, dans le cas de services de médias audiovisuels à la demande ». Selon le considérant 26 de la directive, la définition du fournisseur de services de médias exclut donc les personnes qui ne font que diffuser des programmes. Les Etats membres peuvent préciser certains aspects de cette définition (voir considérant 25).

En troisième lieu, selon le considérant 22 de la Directive SMAV, la finalité principale d'un service de médias aux fins de la directive doit être la fourniture de programmes destinés à informer, divertir ou éduquer le grand public. Le même considérant exclut les services « dont le contenu audiovisuel est secondaire et ne constitue pas la finalité principale », comme les « sites web qui ne contiennent des éléments audiovisuels qu'à titre accessoire⁹ », ou encore « les jeux de hasard impliquant une mise correspondant à une valeur monétaire, y compris les loteries, les paris et les autres formes de jeux d'argent, de même que les jeux en ligne et les moteurs de recherche ».

Quatrièmement, un service à la demande doit être mis à disposition par des réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2(a) de la Directive 2002/21/CE.

Questionné à ce sujet, Mark D. Cole a indiqué que certains critères figurant dans les considérants (par exemple les attributs indispensables à la définition d'un média de masse), ne pouvaient que difficilement être intégrés dans les législations nationales lors de la transposition des dispositions européennes, car leur application concrète restait floue.

Il a ensuite précisé que les versions électroniques des journaux et des magazines, aux termes du considérant 28 de la Directive SMAV, étaient exclues de la définition des services de médias audiovisuels. Ces services doivent par ailleurs être « de type télévisuel », ce qui signifie, du point de vue du législateur européen, qu'ils « [s'adressent] au même public » que la radiodiffusion télévisuelle et que, « vu le type et le mode d'accès au service, l'utilisateur pourrait normalement s'attendre à bénéficier d'une protection réglementaire dans le cadre de la présente directive » (considérant 24). Ce point peut laisser penser que la directive met au premier plan le point de vue de l'utilisateur. L'intervenant a toutefois estimé que la nature « de type télévisuel » de ces services n'impliquait pas nécessairement que le public s'attende à bénéficier d'une protection réglementaire.

Les services (de médias) audiovisuels non linéaires et les communications commerciales pourraient également être assimilés à des services de la société de l'information, si tant est qu'ils répondent aux critères correspondants. Cette notion recouvre tous les services qui sont fournis à distance par

9) Le considérant 22 de la Directive SMAV cite à titre d'exemples les « éléments graphiques animés, [les] brefs spots publicitaires ou [les] informations concernant un produit ou un service non audiovisuel ».

voie électronique, généralement contre rémunération, à la demande individuelle de leur destinataire¹⁰. Lorsque tel est le cas, ces services relèvent (aussi) de la directive sur le commerce électronique¹¹.

Enfin, l'orateur a évoqué d'autres textes de loi de l'Union européenne qui précisent l'approche retenue pour la régulation des services audiovisuels (à la demande)¹².

Mark D. Cole a ensuite indiqué que les critères établis par la CJUE au sujet des services de médias audiovisuels à la demande dans son arrêt *Mediakabel*¹³ avaient été repris dans la Directive SMAV. Dans cet arrêt, la CJUE a délimité la frontière entre services à la demande et services de radiodiffusion télévisuelle. Le critère déterminant pour qu'il soit question de services de radiodiffusion télévisuelle est l'émission de programmes télévisés destinés à être transmis simultanément au grand public. Pour vérifier cette condition, la CJUE a privilégié le point de vue du prestataire de service (point 42 de l'arrêt). La notion de « radiodiffusion télévisuelle » est définie de façon autonome par la Directive télévision sans frontières (89/552/CEE) et ne doit pas être comprise par opposition à la notion de « service de la société de l'information » au sens de la Directive 98/34/CE (point 5 de l'arrêt).

Depuis l'entrée en vigueur de la Directive SMAV, la CJUE n'a rendu aucune nouvelle décision sur son interprétation. L'affaire C-517/09, portant sur la notion de « responsabilité éditoriale », n'a débouché sur aucune concrétisation par la CJUE, car la plainte a été jugée irrecevable¹⁴. Deux procédures concernant les dispositions relatives aux communications commerciales sont respectivement en instance et close. Elles ne concernent toutefois que l'interprétation de la Directive Télévision sans frontières¹⁵. On attend actuellement de nouvelles décisions de justice sur la question de la responsabilité dans les services à la demande¹⁶.

-
- 10) Ces termes sont définis ultérieurement (voir le libellé des différentes définitions dans la Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 37)).
- 11) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1. Les services télévisuels linéaires ne sont pas des « services de la société de l'information » au sens de la directive sur le commerce électronique, car ils ne sont pas fournis « à la demande individuelle d'un destinataire de services » (article 1(2) de la Directive 98/34/CE et considérant 18 de la Directive 2000/31/CE). Ils ne sont par conséquent pas soumis à l'obligation de communication prévue par la Directive 98/34/CE.
- 12) Ainsi, la Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel (JO n° L 320 du 28 novembre 1998, p. 54) entend combattre la fabrication et l'utilisation de dispositifs illicites qui permettent un accès non autorisé à des services protégés, tels que des programmes télévisés (au sens de l'article 1(a) de la Directive 89/552/CEE) et à des services de la société de l'information (au sens de l'article 1(2) de la Directive 98/34/CE). Voir aussi le paquet télécom, la 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 n° L 270 du 7 octobre 1998, p. 48), la Recommandation 2006/952/CE du Parlement européen et du Conseil 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 n° L 378 du 27 décembre 2006, p. 72, rectificatif publié au JO n° L 156 du 16 juin 2007, p. 38 (recommandation I(2))), ainsi que la Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat (JO n° C 257 du 27 octobre 2009, p. 1, « communication sur la radiodiffusion »).
- 13) CJCE, affaire C-89/04, *Mediakabel*, Recueil 2005, p. I-4891. Au sujet de ce jugement, voir Nico van Eijk, « Services de médias audiovisuels linéaires et non linéaires », in: Susanne Nikoltchev (éd.), *IRIS Spécial : A vos marques, prêts... partez ? La Directive Services de médias audiovisuels* (Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2009, p. 44).
- 14) CJCE, affaire C-517/09, *RTL Belgium SA*, arrêt du 22 décembre 2010, non encore publié au Recueil.
- 15) S'agissant de la définition du concept de publicité clandestine, la Cour de justice a décidé, dans l'affaire C-52-10 *Alter Channel* (arrêt du 9 juin 2011 non encore publié au Recueil) que l'interdiction de la publicité clandestine prévue par la Directive (89/552/CEE) devait être interprétée en ce sens que l'existence d'une rémunération ou d'un paiement similaire ne constituait pas un élément nécessaire pour pouvoir établir le caractère intentionnel d'une publicité clandestine. Dans l'affaire C-162/11, la CJUE doit établir, à la suite d'une demande de décision préjudicielle présentée par le Bundeskommunikationssenat autrichien (Chambre fédérale des communications), s'il convient d'interpréter la directive en ce sens que tous types de messages diffusés par un organisme de radiodiffusion dans ses propres programmes et émissions concernant ces mêmes programmes et émissions (à accès libre) relèvent de la notion de « publicité télévisée ».
- 16) Ainsi, l'affaire C-70/10 porte sur la mise en place, par les fournisseurs d'accès à internet, d'un système de filtrage afin d'identifier la circulation de fichiers contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle, et de bloquer le transfert de ces œuvres au niveau de la requête ou à l'occasion de l'envoi (JO n° C 113 du 1^{er} mai 2010, p. 20) ; voir aussi les conclusions rendues par l'avocat général Pedro Cruz Villalón le 14 avril 2010.

De l'avis de Mark D. Cole, dans le cas d'un service de télévision de rattrapage traditionnel qui consiste, pour un radiodiffuseur télévisuel, à proposer sur demande individuelle les mêmes contenus que ceux qu'il diffuse dans son service linéaire, la responsabilité éditoriale incombe au radiodiffuseur. Pour ce type de services, la responsabilité éditoriale peut être attribuée à l'entité chargée de collecter et, le cas échéant, de cataloguer les contenus (celle que l'on appelle l'agrégateur) si et seulement si le rôle de celle-ci ne se limite pas à la simple organisation de différentes chaînes. A l'inverse, il ne paraît pas certain que GoogleTV exerce une responsabilité éditoriale ; le considérant 27 de la Directive SMAV semble réfuter l'existence d'une telle responsabilité, dès lors que des programmes individuels sont proposés sous forme de services à la demande par le même fournisseur de services de médias, au titre de service complémentaire. La simple faculté de compiler différentes sources d'information n'entraîne donc pas automatiquement une responsabilité éditoriale. Il n'est du reste même pas certain que GoogleTV entre dans le champ d'application de la directive sur le commerce électronique. Dans le cas d'AppleTV, l'offre composée par Apple est un catalogue, ce qui implique l'existence d'une responsabilité éditoriale. Le modèle de YouTube, qui repose jusqu'à présent, pour l'essentiel, sur des contenus fournis par les utilisateurs, ne crée en revanche pas, sur le principe, de responsabilité éditoriale pour YouTube/Google au sens de la Directive SMAV (considérant 21). Toutefois, ce point pourrait être amené à évoluer du fait du renforcement de l'influence éditoriale de l'entreprise (par exemple à travers la création de chaînes spécifiques).

Le débat qui a suivi a tout d'abord porté sur la transposition des concepts européens dans les systèmes juridiques nationaux. Un participant a fait remarquer qu'au Royaume-Uni, cette transposition avait principalement visé le corps de la directive. Il s'est enquis de la façon dont ses considérants avaient été pris en compte dans les différents Etats membres, en rappelant que ces considérants visaient au premier chef à permettre une meilleure compréhension du corps du texte. Mark D. Cole a confié avoir été étonné en étudiant les mesures de transposition adoptées par les Etats membres. En effet, on constate très peu de différences d'un pays à l'autre entre les dispositions (et les définitions) qui matérialisent le champ d'application de la directive ; les Etats ont suivi de très près la formulation du texte original. Selon l'intervenant, ceci est dû au caractère flou de certaines notions, par exemple du critère qui veut que les services soient des médias de masse. La Commission européenne a du reste demandé à certains Etats membres (dont l'Italie) des informations sur le sens des mesures concrètes de mise en œuvre adoptées¹⁷.

Un membre de l'assistance a relaté la façon dont la directive avait été mise en œuvre en droit slovaque et confirmé l'imprécision des critères exposés dans les considérants de la Directive SMAV, citant à titre d'exemple la notion d'« activité économique ». La Commission européenne a également interrogé le Gouvernement slovaque au sujet de la transposition de ce critère.

Un autre participant a ensuite donné des précisions sur la situation juridique italienne. Il a choisi pour ce faire d'évoquer l'exemple de l'exclusion de la « presse électronique » du champ d'application de la directive, avec la transposition de son considérant 20 en droit italien. Aux termes de la constitution italienne, la liberté de la presse se conçoit de telle façon que la presse ne peut être soumise à un quelconque régime d'agrément. L'intégration de la presse électronique dans le système fixé par le cadre juridique de l'UE est une question sensible pour le Parlement comme pour le secteur des médias. Les règles constitutionnelles sont extrêmement claires et doivent être interprétées strictement.

Sans se prononcer de façon définitive sur le cas spécifique de l'Italie, Mark D. Cole a répondu qu'il lui paraissait improbable que deux services identiques (services à la demande comportant des contenus audiovisuels) puissent faire l'objet de deux traitements différents, au seul motif que l'un d'eux émanerait d'une entreprise de presse établie de longue date, tandis que l'autre proviendrait d'un autre fournisseur. Il a poursuivi en signalant que les services à la demande étaient (la plupart du temps) soumis à une simple obligation de déclaration, mais pas à l'obtention d'un agrément (de l'Etat). Autre argument semblant contredire la solution italienne : lorsqu'un service donné est fourni par une entreprise professionnelle exerçant une activité économique, le public s'attend à en être informé. Cette attente est reconnue dans la directive comme un critère de définition (au considérant 21 ; voir aussi le considérant 45) ; elle figure également dans son article 5.

17) Voir <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/373&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>

Un autre participant a commenté ce point du débat à la lumière de sa propre analyse des solutions de transposition nationales. Selon lui, les Etats membres qui ont défini le champ d'application de leur réglementation nationale en s'appuyant sur des éléments issus des considérants de la Directive SMAV ont sélectionné les caractéristiques qui posaient des limites relativement claires au champ d'application matériel de la directive. C'est le cas, par exemple, en ce qui concerne l'exclusion du champ d'application des sites web à caractère purement privé. Dans d'autres cas plus sensibles ou plus complexes, toutefois, ces Etats membres semblent avoir repris moins largement dans leurs dispositions nationales les mises au point figurant dans les considérants de la directive.

Deux membres de l'assistance ont abordé la notion de « responsabilité éditoriale ». A en croire le premier, la démarche européenne en la matière est très différente de l'approche retenue aux Etats-Unis. Il a fait remarquer qu'en vertu du *Digital Millennium Copyright Act* et moyennant certaines conditions, une disposition refuge (« *safe harbour* ») permettait d'exclure la responsabilité des fournisseurs de services ou des intermédiaires. La solution privilégiée par la Directive SMAV, en revanche, peut être qualifiée d'incomplète et de prématurée, car personne à ce jour ne peut prédire de façon exhaustive et certaine les effets qu'auront les évolutions techniques et économiques à venir sur les services à la demande, pas plus que ceux qu'amèneront les changements induits par leurs utilisateurs. La deuxième participante a qualifié la « responsabilité éditoriale » de notion centrale pour les radiodiffuseurs de service public. Elle a en outre souligné que la notion de « programme », laquelle doit être interprétée « d'une façon dynamique » aux termes du considérant 24 de la Directive SMAV, pouvait s'avérer trop imprécise. La nature « de type télévisuel » des services, évoquée dans le même considérant, peut ainsi concerner un programme individuel ; toutefois, la question se pose de savoir s'il ne faudrait pas considérer l'ensemble des émissions. L'orateur a répondu qu'à son avis (pour l'instant du moins), il convenait d'interpréter ce point de la directive comme une ouverture à l'évolution des différents formats de programmes.

III. Exemples de transposition nationale

1. Pays-Bas

Marcel Betzel¹⁸ a consacré son intervention à la mise en œuvre de la Directive Services de médias audiovisuels aux Pays-Bas. L'acte modifiant la loi néerlandaise relative aux médias de 2008¹⁹ est entré en vigueur le 19 décembre 2009. Il comporte entre autres des définitions des notions de service de médias, d'offre de médias et de responsabilité éditoriale. En guise de document explicatif destiné à accompagner la nouvelle loi, le Commissariaat voor de Media (ou CvdM, l'autorité néerlandaise de régulation des médias) a publié des lignes directrices en matière de procédure et de surveillance. Ce texte formule des critères qui permettent de déterminer si un service (de médias) audiovisuels donné relève ou non du nouveau cadre réglementaire.

Les lignes directrices du CvdM se limitent aux caractéristiques des services de médias audiovisuels à la demande privés ou commerciaux. Les offres de service public sont soumises à d'autres dispositions. Les critères énumérés dans ces lignes directrices s'appuient tant sur le corps de la Directive SMAV que sur ses considérants, mais puisent aussi dans la loi relative aux médias de 2008 et dans les expériences pratiques collectées par le CvdM. Bien que ces critères individuels doivent être appliqués de façon cumulative, ils ne sont pas tous pondérés de la même façon.

S'agissant du critère selon lequel un service de médias audiovisuels à la demande doit constituer un programme dont la forme et le contenu, aux termes de l'article 1(1)(b) de la Directive SMAV, sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle, Marcel Betzel note que les offres de vidéo à la demande ne sont bien souvent pas suffisamment comparables à des programmes télévisés du point de vue de leur contenu. Les vidéos ainsi proposées se caractérisent par leur brièveté, mais aussi, entre autres, par l'absence de titre et de générique d'ouverture ou de fin. En outre, il est difficile d'appréhender objectivement les éventuelles attentes du public envers ces deux types d'offres (notamment les attentes

¹⁸ Conseiller aux politiques au sein du Commissariaat voor de Media (CvdM). Voir l'article de Marcel Betzel dans la présente publication.

¹⁹ *Wet van 29 december 2008 tot vaststelling van een nieuwe Mediawet (Mediawet 2008)*.

s'agissant « d'une protection réglementaire dans le cadre de la [...] directive », pour citer le considérant 24 de la Directive SMAV). C'est pour ces différentes raisons que le terme « vidéo » est défini aux Pays-Bas comme un produit électronique comportant des images animées, formant un élément unique, portant un titre unique et faisant partie d'un catalogue. On entend par « catalogue » un ensemble organisé de vidéos au sein d'une base de données qui permet à l'utilisateur d'accéder à ces vidéos, généralement au moyen d'une fonction de recherche.

Dans les faits, de nombreuses pages internet présentent à la fois des textes et des vidéos, et il est difficile de distinguer en toute objectivité ce qui en constitue l'offre principale et l'offre accessoire. Pour déterminer la finalité principale d'un service de médias audiovisuels, on privilégie donc aux Pays-Bas le point de vue suivant : seules les vidéos qui n'ont pas d'autre finalité et que l'utilisateur perçoit comme un service autonome et isolé doivent être considérées comme des services de médias à la demande. Les fonctionnalités et la présentation du service doivent être prises en compte, de même que la façon dont le grand public utilise et identifie ledit service.

Il est tout aussi ardu de déterminer l'existence ou non, pour un prestataire, d'une responsabilité éditoriale au sens de l'article 1(1)(c) en lien avec le considérant 25 de la Directive SMAV, car les activités de type éditorial peuvent être assurées par différents fournisseurs de services. Aux Pays-Bas, la solution consiste à considérer que lorsque des prestataires différents se chargent de choisir les programmes et de les mettre à la disposition de leurs destinataires finaux, c'est l'exercice d'un contrôle effectif sur la sélection des vidéos qui est déterminant pour définir à qui incombe la responsabilité éditoriale.

S'agissant du critère du « caractère de média de masse », au sens des considérants 21 et 22 de la Directive SMAV, il est difficile d'évaluer si un service exerce ou non un impact manifeste sur le grand public. Les services de vidéo diffusés par le réseau ouvert d'internet peuvent en outre eux aussi toucher une large audience. Toutefois, dès lors qu'il est possible d'identifier des groupes d'utilisateurs ciblés – par exemple issus d'une zone géographique très limitée, comme une collectivité locale – la loi néerlandaise estime que le service ne constitue pas un média de masse.

Enfin, l'expérience pratique montre que des particuliers, des écoles, des bibliothèques ou des institutions religieuses peuvent par exemple disposer d'un site internet comportant des publicités (en faisant appel à un service tel que Google AdSense). En conséquence, un service constitue potentiellement une activité économique lorsque (i) il comporte des publicités ou du parrainage, (ii) il fait la promotion d'une marque, d'un produit ou d'un service, ou (iii) il est proposé à titre onéreux. Les services proposés par des particuliers ou des institutions publiques ne sauraient toutefois, en règle générale, être qualifiés de services économiques, sauf s'ils sont fournis contre rémunération ou possèdent un caractère commercial évident.

Marcel Betzel a cependant estimé que ces deux derniers critères n'étaient pas réellement décisifs, la quasi-totalité des services proposés sur internet pouvant être considérés comme des médias de masse et des services économiques.

Il a ajouté que les Pays-Bas distinguaient cinq grandes catégories potentielles de services de médias. La première correspond aux services de télévision de rattrapage²⁰, lesquels satisfont généralement à tous les critères d'un service de médias audiovisuels à la demande. Dans les faits, il peut arriver qu'un fournisseur de services de médias soit soumis à la juridiction d'un Etat membre pour ses services de médias audiovisuels linéaires, tandis que ses services non linéaires relèvent de la juridiction d'un autre Etat membre. Les vidéothèques en ligne constituent la deuxième catégorie ; il s'agit habituellement de services de médias audiovisuels à la demande, dans la mesure où le fournisseur de services peut exercer une influence sur l'organisation et la mise à disposition des vidéos du catalogue. Les « sites web proposant des reportages vidéo » ou les « sites de vidéos émanant de journaux ou de magazines » forment la troisième catégorie. Le secteur de l'audiovisuel estime cependant en règle générale que ces services sont exclus du champ d'application de la Directive SMAV en vertu de son considérant 28. Selon le CvdM, cependant, on est en présence d'un service de médias audiovisuels dès lors que les vidéos sont réunies au sein d'un catalogue et qu'elles peuvent être utilisées de façon pertinente par les internautes sans que ceux-ci aient besoin de consulter les textes rédigés et mis à disposition

20) Exemples : www.rtlgemist.nl, www.uitzendinggemist.nl, sbsgemist.nl

en complément. Dans la quatrième catégorie, formée par les sites de type « portails²¹ », lesquels « agrègent » (c'est-à-dire collectent et mettent à disposition) des services de télévision de rattrapage proposés par des radiodiffuseurs, les fournisseurs de services n'exercent aux yeux du CvdM aucune responsabilité éditoriale. Ce n'est toutefois le cas que lorsque ces portails suppriment automatiquement de leur offre les vidéos dépubliées par les services de télévision de rattrapage d'origine. La dernière catégorie regroupe les sites d'hébergement de vidéos qui offrent un espace de stockage pour des contenus mis en ligne par les utilisateurs et présentent ensuite ces vidéos dans un portail (avec une fonction de recherche) tel que YouTube, Dailymotion ou MyVideo. Dans certains cas particuliers, les exploitants de ces portails peuvent exercer une responsabilité éditoriale, lorsqu'ils passent des accords avec des fournisseurs de contenus. Les utilisateurs eux-mêmes ne sont généralement pas considérés comme des fournisseurs de services de médias au regard des contenus qu'ils proposent sur ce type de sites, soit parce qu'ils ne constituent pas de catalogue, soit parce que leur service ne peut pas être qualifié de commercial.

Un membre de l'assistance s'est enquis des règles de droit néerlandaises applicables à de tels services, qui ne relèvent pas des mesures de transposition nationales de la Directive SMAV. Marcel Betzel a expliqué que certaines dispositions du droit civil et pénal pouvaient également être appliquées aux médias, notamment en matière de responsabilité. Il ne saurait donc être question d'absence de réglementation, et ceci, pour contrer un argument souvent entendu, ne signifie pas non plus la fin d'internet. Un participant a fait remarquer qu'il y avait un danger à ce que les règles générales ne soient pas complètement conformes à la Directive SMAV. En matière de services audiovisuels à la demande, de façon plus nette encore que pour les programmes télévisés, il existe en outre un risque que les services « émigrent », c'est-à-dire qu'ils s'implantent dans des lieux situés hors de la juridiction de quelque Etat membre de l'UE que ce soit.

2. Italie

En Italie, la transposition juridique de la directive, effectuée en 2010, a consisté en l'adoption d'une loi ainsi que de deux règlements de l'*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* (AGCOM, l'autorité italienne en charge des communications), d'une part au sujet des services linéaires diffusés sur des réseaux non conventionnels (par exemple par télévision IP), et d'autre part s'agissant des services non linéaires faisant appel (potentiellement) à tous les types de réseaux.

L'orateur, Robert Viola²², a d'abord dressé un constat : nous nous trouvons dans un paysage médiatique en constante recomposition. Les fournisseurs de services, les utilisateurs et les instances de régulation assument des rôles nouveaux. Les prestataires doivent ainsi s'accommoder des évolutions technologiques (dont les mots-clés sont « passage au numérique » et « convergence »). Les services linéaires et non linéaires sont en concurrence, de même que les services linéaires entre eux, sur différentes plateformes. Pendant ce temps, l'utilisateur (grâce, entre autres, à son éducation accrue aux médias) a cessé d'avoir une démarche passive et est devenu lui-même producteur de contenus. Enfin, le rôle des instances de régulation connaît lui aussi des bouleversements, puisque leurs décisions doivent de nos jours être transparentes, motivées et contrôlables par les juridictions compétentes²³.

Selon Robert Viola, six²⁴ critères permettent d'identifier un service de médias audiovisuels : il doit s'agir (1) d'un service (économique), qui (2) possède un caractère de média de masse, dont (3) la finalité principale est (4) la mise à disposition de programmes (5) visant à informer, divertir ou éduquer le grand public (6) via des réseaux de communication électroniques (exception faite du cinéma et du DVD). Ne relèvent par conséquent pas de la notion de service de médias audiovisuels les contenus accessoires tels que les versions en ligne de journaux et de magazines, les sites de voyage et les jeux en ligne, le cinéma et le DVD. Certaines obligations, aux yeux de Robert Viola, sont mieux adaptées aux offres linéaires qu'aux services non linéaires. Ainsi, les fournisseurs de services de médias non linéaires, qui doivent encourager la production et la diffusion d'œuvres européennes, devraient pouvoir choisir

21) Exemples : tvblik.nl, allesgemist.nl

22) Secrétaire général de l'AGCOM. Voir l'article de Roberto Viola et de Maja Cappello dans la présente publication.

23) Voir le point 27 de la Recommandation Rec(2000)23 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion.

24) Voir remarque à la note 8.

librement entre investissements et obligations de programmation. En outre, une place plus grande devrait être accordée à la corégulation.

Un membre de l'assistance a estimé que l'exclusion des journaux risquait de conduire à une discrimination, des fournisseurs de services se trouvant dans la même situation pouvant faire l'objet de traitements différents. Le cas échéant, ceci pourrait constituer une violation du principe constitutionnel d'égalité de traitement et du droit de l'UE. L'Espagne, dont le droit constitutionnel est sur ce point très proche de celui de l'Italie, distingue entre l'utilisation ou non de biens publics, en l'occurrence, des fréquences du spectre électromagnétique. Selon la constitution espagnole, un service audiovisuel qui ne fait pas appel à ce bien public ne saurait être soumis à un régime d'agrément. Quant à la notion d'« activité économique », le participant a fait remarquer que l'on pouvait identifier des intérêts économiques pratiquement partout.

Ce même participant a dit trouver passionnant d'étudier comment la réglementation appréhendait aujourd'hui (et appréhenderait à l'avenir) le fait qu'il soit rarement possible d'opérer une séparation stricte entre une communication purement privée et une contribution « privée » au débat public destiné à un nombre indéterminé de participants (certains pouvant, dans certains cas, avoir de vagues liens entre eux). Si quelques membres de l'assistance semblaient manifestement d'avis que les réseaux sociaux devaient être exclus du champ d'application de la Directive SMAV, ce participant a cependant souligné que certaines activités effectuées au sein de réseaux sociaux, de même que les services audiovisuels diffusés à travers ceux-ci, pourraient tout à fait relever du domaine couvert par la directive. Il a rappelé que la Directive SMAV avait été élaborée à une époque où Facebook n'existait pas.

Les explications de Robert Viola s'agissant du chiffre d'affaires minimum de 100 000 EUR exigé en Italie pour qu'un service relève du champ d'application de la Directive SMAV ont également été soumises à un examen critique. Au sujet de ce seuil, un participant a signalé que la notion d'« activité économique » faisait déjà l'objet d'une interprétation très large en droit de l'Union européenne et que l'éventualité d'une définition propre au seul secteur audiovisuel lui semblait par conséquent assez aberrante. En outre, il se pose le problème d'une éventuelle discrimination illégitime, selon que les services atteignent ou non ce seuil. Le participant a demandé pour finir quelle était l'approche retenue par l'Italie dans le cas des services ne relevant pas de sa juridiction, mais soumis aux règles d'un pays tiers non européen (par exemple au droit américain).

Justifiant l'instauration d'un tel seuil en Italie, Robert Viola a déclaré que celui-ci constituait un système pragmatique et viable. Il est en outre proportionné, dans la mesure où il est possible de reconsidérer chaque année le dépassement ou non du seuil par un service donné, ce qui autorise des ajustements. Le recours à un tel seuil offre un moyen objectif et simple d'établir si la fourniture de tel ou tel service constitue ou non une activité économique comparable aux services de télévision traditionnels. Au demeurant, ce système a reçu l'assentiment du secteur.

Un autre membre de l'assistance a toutefois rapporté que les Pays-Bas avaient envisagé d'instaurer un seuil du même type au cours des négociations portant sur la Directive SMAV, mais qu'il n'avait pas été possible de parvenir à un consensus.

3. Allemagne

Alexander Scheuer²⁵ a abordé les questions de la corégulation et de l'autorégulation en Allemagne en s'appuyant sur l'exemple des communications commerciales, dont la réglementation est caractérisée par un partage de compétences entre l'Etat fédéral et les Länder. Il a rappelé que l'Etat fédéral était chargé de réguler certains aspects des communications commerciales dans les télémedias et d'autres types de médias. Il a ainsi cité la loi sur les télémedias (*Telemediengesetz*, TMG), la loi contre la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, UWG), ainsi que les lois relatives à la publicité pour les médicaments, les traitements médicaux ou les aliments, et enfin la loi transitoire

25) Avocat, directeur général et membre du conseil d'administration de l'Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruelles. Voir l'article d'Alexander Scheuer dans la présente publication.

sur le tabac (*Vorläufiges Tabakgesetz*²⁶). Les Länder, quant à eux, sont compétents en ce qui concerne la radiodiffusion, les aspects liés au contenu des services de télémedias et la presse écrite. Le traité inter-Länder sur la radiodiffusion (*Rundfunkstaatsvertrag*, RStV) régleme certains domaines de la radiodiffusion (radio et télévision) et de ce qu'il convient d'appeler les télémedias²⁷. Le traité inter-Länder relatif à la protection des mineurs dans les medias (*Jugendmedienschutz-Staatsvertrag*, JMStV) contient en outre des dispositions relatives à la publicité, au parrainage et au télé-achat eu égard à la protection des mineurs. Alexander Scheuer a souligné que le terme « télémedias » figurait tant dans la loi sur les télémedias de l'Etat fédéral que dans le RStV des Länder. La loi sur les télécommunications régleme quant à elle les aspects techniques des télémedias, tandis que les aspects liés aux contenus relèvent du RStV.

S'agissant de la protection des mineurs dans les télémedias et les communications commerciales vantant les mérites de boissons alcoolisées et de produits alimentaires, la situation réglementaire allemande est caractérisée par une approche graduée (« *graduated approach* ») ainsi que par une combinaison de mesures d'Etat et de nouveaux instruments relevant en l'occurrence de la corégulation et de l'autorégulation. L'approche est dite « graduée » dans la mesure où le niveau de réglementation varie selon l'importance du média pour la formation de l'opinion des individus et de l'opinion publique. C'est la raison pour laquelle la télévision est soumise aux réglementations les plus strictes, tandis que les simples offres (« privées ») de télémedias ne font l'objet que de quelques prescriptions minimales.

La publicité ne doit pas causer de préjudice physique ou moral aux mineurs, indique l'article 6(2) du JMStV. Il s'agit là d'une règle générale, applicable de la même façon aux programmes de radiodiffusion et aux contenus des télémedias, et qui reprend les termes de l'article 9 de la Directive SMAV. Un système de corégulation a été mis en place afin de garantir le respect des dispositions relatives à la protection des mineurs. Les fournisseurs de services sont désormais réunis dans un organisme d'autorégulation volontaire, la FSM²⁸, elle-même placée sous la surveillance d'un organe d'Etat, la KJM²⁹. D'autres règles spécifiques édictées par les Länder dans le cadre du RStV portent par exemple sur l'interdiction du placement de produit dans les émissions pour enfants (article 44 du RStV). On peut en outre voir dans le code de conduite relatif à la publicité destinée aux enfants et aux adolescents adopté par la fédération du secteur allemand de la publicité (Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft, ZAW) une autre initiative d'autorégulation. Ce code date toutefois de 1998 et ne s'applique (à ce jour) qu'à la radio et à la télévision.

La situation est comparable en ce qui concerne les communications commerciales portant sur des boissons alcoolisées. Il existait également, à l'origine, des dispositions générales : ainsi, la publicité pour des boissons alcoolisées ne peut pas cibler des mineurs (article 6, alinéa 5, du JMStV). Les organismes compétents dans ce domaine sont également le FSM et le KJM. Alexander Scheuer a indiqué qu'en matière de programmes télévisuels, en vertu du point 2, alinéa 4, des directives communes des instances de régulation des medias relatives à la publicité, au placement de produit, au parrainage et au téléachat à la télévision, les règles de conduite applicables étaient celles du Deutsches Werberat (Conseil allemand de vérification de la publicité).

S'agissant des communications commerciales portant sur des produits alimentaires, l'exposé des motifs du treizième Traité portant modification du Traité interländer sur la radiodiffusion renvoie aux règles de conduites correspondantes édictées par le Conseil allemand de la publicité en juillet 2009.

26) Articles 21a (publicité dans les services de la société de l'information) et 21b (publicité dans les services de medias audiovisuels) de la loi transitoire sur le tabac.

27) On entend par télémedias tous les services électroniques d'information et de communication, dans la mesure où ils ne constituent pas des services de télécommunications au sens de l'article 3, alinéa 24, de la loi relative aux télécommunications (lesquels consistent exclusivement en la transmission de signaux via des réseaux de télécommunication), des services basés sur les télécommunications au sens de l'article 3, alinéa 25, de la loi relative aux télécommunications, ou des services de radiodiffusion au sens de l'article 2 du traité inter-Länder sur la radiodiffusion (article 1, alinéa 1, de la loi relative aux télémedias).

28) Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter e.V. (Autorégulation volontaire des prestataires de services multimédias), www.fsm.de

29) Kommission für Jugendmedienschutz (Commission de protection des mineurs), créée en vertu de l'article 14 du JMStV. Il s'agit d'un organe dépendant des instances de régulation des Länder, elles-mêmes chargées de veiller au bon respect du JMStV.

Selon Alexander Scheuer, l'approche allemande a permis d'instaurer une situation de concurrence équitable (ou « *level-playing field* ») dans certains domaines de la régulation³⁰, même si ne sont concernées que les dispositions générales relatives à la protection des mineurs et aux communications commerciales portant sur les boissons alcoolisées. A l'inverse, en matière de communications commerciales pour des produits alimentaires, l'existence d'une situation de concurrence équitable tient au fait qu'il n'y a dans ce domaine ni législation ni directives des instances de régulation des médias, mais uniquement des mesures d'autorégulation émanant du Conseil allemand de vérification de la publicité. Des règles complémentaires sont toutefois souvent applicables lorsque l'offre comporte des services de vidéo à la demande dont la nature est de type télévisuel.

Un participant s'est enquis de la signification et de la portée du principe de « *level-playing field* » et a souligné les différences, découlant à son sens des dispositions de la Directive SMAV, entre les services linéaires, d'une part, et les services non linéaires, d'autre part. On constate d'autres différences en ce qui concerne les services linéaires (tant en matière de protection des mineurs que de communications commerciales), lorsque ces services sont « uniquement » soumis à la directive sur le commerce électronique. De l'avis d'un autre participant, les autorités de régulation devraient tenir compte des attentes des téléspectateurs ou des utilisateurs quant à l'existence d'une régulation, cette prise en compte constituant, au final, une décision politique. Alexander Scheuer a précisé que l'expression « *level-playing field* » ne contenait aucun jugement, mais rendait simplement compte du fait qu'il existait (dans certains sous-domaines de la régulation) une situation de concurrence équitable pour les services de médias audiovisuels à la demande, pour d'autres services audiovisuels, ainsi que pour d'autres services en général.

4. Royaume-Uni

Dans son intervention, Chris Dawes a abordé les questions de la corégulation et de l'autorégulation en prenant principalement l'exemple de la protection des mineurs au Royaume-Uni³¹.

L'orateur a commencé par constater que la formulation des dispositions de la Directive SMAV avait été reprise telle quelle, pour l'essentiel, lors de sa transposition en droit britannique. Il incombe en conséquence aux autorités de régulation de déterminer la classification des services au cas par cas. Avant 2003, les rares services à la demande qui existaient étaient considérés comme relevant de la radiodiffusion et se trouvaient donc sous la surveillance de l'Independent Television Commission (Commission de la télévision indépendante), laquelle n'existe plus aujourd'hui. Après l'adoption du *Communications Act* de 2003 (loi relative aux communications de 2003) et la création de l'Office of Communications (Office des communications ou Ofcom, l'autorité britannique de régulation des médias et des télécommunications), la question de la réglementation des services à la demande dans le respect du principe de neutralité technologique s'est posée à nouveau. Certains étaient d'avis que seule la télévision linéaire (et non les services à la demande) devait être soumise au Code de la radiodiffusion, car dans le cas des services à la demande, l'utilisateur est libre de choisir le contenu qu'il regarde et le moment de son visionnage. Les opérateurs préconisaient un système d'autorégulation pour les services à la demande.

L'autorégulation consiste en une participation volontaire à la régulation, doublée d'un renoncement à l'intervention de l'Etat. Des instances spécialisées peuvent être créées (comme l'Advertising Standards Authority, ASA, l'autorité d'autorégulation chargée du secteur publicitaire au Royaume-Uni) et des codes de conduite peuvent être adoptés. L'autorégulation offre entre autres l'avantage de pouvoir réagir plus rapidement aux évolutions du secteur.

La situation se complique lorsqu'un secteur (celui des services à la demande, par exemple) ne souhaite pas de régulation. Si les différents concurrents ne veulent pas coopérer, il faut alors instaurer un dispositif de corégulation. Il n'est du reste pas exclu que l'Etat favorise dans un cadre de corégulation le type de régulation prôné par le secteur.

30) Sur ce point, le considérant 11 de la Directive SMAV, en lien avec les considérants 10, 80 et 91, évoque la nécessité d'appliquer à tous les services de médias audiovisuels au moins un ensemble minimal de règles coordonnées, afin d'éviter les distorsions de concurrence et de renforcer la sécurité juridique.

31) Directeur du service « Réglementation de la radiodiffusion et politique en matière de contenus » au sein du ministère britannique de la Culture, des Médias et des Sports. Voir l'article de Chris Dawes dans la présente publication.

Constatant qu'un système d'autorégulation ne suffirait pas à satisfaire aux exigences de la Directive SMAV en matière de transposition en droit national, le Royaume-Uni a donc adopté un dispositif de corégulation. L'Ofcom est ainsi responsable de la réglementation, mais peut déléguer à d'autres organismes certaines tâches incombant habituellement aux instances de régulation: l'ASA pour le traitement des plaintes liées à la publicité (et l'ASA(B) pour la télévision, le « B » signifiant « Broadcast »), et l'Autorité pour la télévision à la demande (Authority for Television On-Demand, ATVOD³²) pour la régulation des contenus non linéaires.

Parmi les dispositions portant transposition de la Directive SMAV et dont l'ATVOD est chargée d'assurer le bon respect, figurent notamment des prescriptions relatives à la protection des mineurs. Les articles 12 et 27(1) de la Directive SMAV évoquent l'adoption de mesures visant à protéger les mineurs contre les services susceptibles de nuire gravement à leur épanouissement physique, mental ou moral. L'article 12 concerne les services non linéaires, tandis que l'article 27 porte sur les services linéaires. En comparant le libellé des deux articles, on constate des différences, si bien que les opinions divergent, au Royaume-Uni, sur la question de savoir si la pornographie « dure » (« *hard-core* ») tombe ou non sous le coup de l'article 12, dans la mesure où le terme « pornographie » ne figure pas dans cet article (alors qu'il apparaît dans l'article 27, alinéa 1). Le débat porte principalement sur les contenus qui, s'ils n'étaient pas proposés sous forme de services à la demande mais sur des supports physiques, seraient soumis à des restrictions et dont la vente ou la distribution ne seraient autorisées que dans un petit nombre de vidéoclubs ou de sex-shops accessibles exclusivement aux adultes, en vertu de la classification « R18 » appliquée par le Bureau britannique de la classification des films (British Board of Film Classification, BBFC). Mandaté par le gouvernement, l'Ofcom a constaté que le droit en vigueur n'offrait pas de base juridique suffisamment claire pour interdire la mise à disposition de ce type de contenus (ni même de contenus plus extrêmes encore) par le biais d'une offre à la demande.

S'agissant d'internet en général, c'est le UK Council for Child Internet Safety (Conseil du Royaume-Uni pour la sécurité des enfants sur internet) qui est compétent. Dans une optique d'autorégulation, il prodigue des conseils et dispose d'un système de contrôle. On constate toutefois qu'il n'existe pas de lignes directrices relatives aux contenus et à la protection des mineurs pour tous les types de services.

Evoquant les difficultés qui apparaissent d'ores et déjà au stade de l'interprétation de la Directive SMAV (qu'elles concernent le champ d'application du texte ou ses règles substantielles), Chris Dawes a estimé que la question centrale, dans l'éventualité d'une nouvelle révision de la directive, devait être celle du meilleur mode de régulation possible. Au vu des résultats empiriques recueillis depuis l'instauration des dispositifs de corégulation et d'autorégulation, il faudrait envisager de donner à l'avenir un plus grand rôle à ces nouveaux instruments de régulation.

Lors du débat qui a suivi l'intervention, la question du champ d'application de l'article 12 de la Directive SMAV a à nouveau été abordée. Un membre de l'assistance a tout d'abord demandé s'il était réellement possible de douter du fait que la pornographie « *hard-core* » relevât de cette disposition – c'est-à-dire s'il y avait vraiment un doute quant au fait que la pornographie contenue dans des services à la demande puisse nuire gravement à l'épanouissement des mineurs. L'orateur a répondu que la protection des mineurs était un sujet délicat et qu'il était très difficile, pour une autorité de régulation, d'établir la preuve d'une atteinte grave portée aux mineurs.

Un autre participant a déclaré qu'il faudrait identifier les impacts potentiels, sur les mineurs, de la pornographie et des autres types de contenus nuisibles, tout en admettant l'impossibilité de la chose dans les faits, pour des questions d'éthique (de la recherche). Il a ajouté que la Directive SMAV était au moins partiellement responsable de cette situation en raison de sa terminologie. Au Royaume-Uni, par exemple, il existe peu de jurisprudence permettant d'explicitier la signification de cette « nuisance grave ». En fin de compte, il est essentiel de choisir une approche satisfaisante pour les juristes³³.

32) L'ATVOD est l'instance de corégulation désignée par l'autorité de régulation britannique, l'Ofcom, pour assurer la surveillance des services de médias audiovisuels à la demande.

33) Voir l'article 7 R18 « Material on VOD Services », points 12-14, <http://www.ofcom.org.uk/about/how-ofcom-is-run/content-board/minutes-and-notes-of-content-board-meetings/content-board-20-september-2010/>

De l'avis d'un troisième participant, il faut néanmoins admettre que la directive contribue à clarifier grandement la notion de contenu « nuisant gravement à l'épanouissement » des mineurs. L'article 27, alinéa 1, cite à titre d'exemple la pornographie et la violence gratuite. La présence de programmes de ce type crée par conséquent une présomption irréfragable que l'offre considérée est hautement préjudiciable à l'épanouissement des mineurs. La particularité de la réglementation des services de médias audiovisuels non linéaires réside uniquement (mais précisément) dans le fait qu'il est impossible d'appliquer à ces derniers une interdiction stricte de diffusion. La « seule » mesure possible consisterait à proposer ces services d'une façon qui garantisse qu'ils ne pourront pas être vus par des mineurs. Ce participant s'est en outre dit surpris de la façon dont l'orateur avait présenté la problématique, en omettant apparemment la question de savoir si un contenu peut ou non être considéré comme pornographique (point qui fait débat depuis longtemps en ce qui concerne la télévision).

Un autre participant s'est rallié à ce point de vue : sur la base de son expérience et de ses échanges avec les représentants d'autorités de régulation en Europe centrale, il a déclaré que la formulation de la directive ne lui paraissait pas particulièrement floue dans ce domaine. Il existe en outre des jurisprudences nationales. Bien plus problématique est en revanche, à ses dires, la définition des mesures que doivent adopter les fournisseurs de services de médias afin d'éviter que des mineurs puissent entendre ou voir des services préjudiciables. Selon la formulation des dispositions existantes, les programmes concernés doivent être signalés comme des contenus inadaptés, et il faut empêcher que les mineurs y aient directement accès. La directive n'apporte aucune précision supplémentaire. Toutefois, le simple fait que l'utilisateur doive se déclarer majeur ne suffit pas à garantir une protection efficace.

Les contenus préjudiciables aux mineurs occupent une place importante dans la réglementation néerlandaise, a ajouté un autre participant. En raison de leur nombre considérable, il est très difficile de réglementer les sites web pornographiques. De surcroît, il n'est pas à exclure que ce type de services se retrouvent hors du champ d'application de la réglementation relative aux médias, dès lors qu'ils ne s'appuient pas sur un catalogue de programmes. Les Pays-Bas opèrent également une distinction entre les contenus représentant une atteinte « grave » à l'épanouissement des mineurs et ceux qui ne constituent qu'une « simple » atteinte. Bien qu'il ne soit pas toujours aisé de déterminer quels contenus méritent d'être considérés comme « gravement nuisibles à l'épanouissement des mineurs », ces dispositions permettent à tout le moins d'exiger que l'accès à ces offres dans les services (de médias) audiovisuels fasse l'objet d'une protection technologique efficace.

Une participante a abordé un sujet lié à la fois à la réglementation sur la protection des mineurs et aux communications commerciales : celui des bandes-annonces diffusées par les fournisseurs de services aux fins de faire la promotion de leurs propres programmes, lesquelles visent, par définition, à avoir un impact sur les spectateurs. Elles doivent être attractives et fournir un grand nombre d'informations en un temps limité et pourraient donc elles aussi nuire à l'épanouissement des mineurs. Deux membres de l'assistance ont fait observer qu'au Royaume-Uni et en Allemagne, les bandes-annonces étaient depuis longtemps évaluées indépendamment du film dont elles assuraient la promotion. Dans ces deux pays, cette évaluation est confiée à une instance d'autorégulation, respectivement le BBFC et la Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft (Commission de contrôle pour le cinéma - FSK). Le BBFC opère également une catégorisation des œuvres audiovisuelles distribuées sur internet, en téléchargement ou en streaming. La FSK s'occupe des films de long métrage et des bandes-annonces diffusés dans les salles de cinéma, sur des supports tels que la VHS ou le DVD et/ou (en fin de compte), sur les chaînes de télévision traditionnelles. Son évaluation a un impact sur l'horaire de diffusion que doit adopter la chaîne (article 5, alinéa 4, du JMStV). S'agissant des bandes-annonces (des radiodiffuseurs) qui ne font pas l'objet d'une vérification par la FSK et des autres programmes (de télévision) proposés par des fournisseurs privés, la classification n'est pas assurée par la FSK, mais par la Commission d'autorégulation de la télévision (Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen, FSF). Sur ce point, un débat subsiste depuis plusieurs années : le créneau horaire de diffusion d'une bande-annonce doit-il être exactement calqué sur celui du programme concerné (et si oui, dans quels cas), ou la bande-annonce doit-elle être considérée comme un contenu autonome ?

Un quatrième participant a ajouté que l'existence d'un niveau suffisant de protection des mineurs était aussi une question d'éducation aux médias. Dans un paysage médiatique qui connaît des bouleversements constants, lesquels sont eux-mêmes le fruit de l'évolution de la société, il est important que le spectateur dispose d'informations fiables et suffisantes. C'est particulièrement vrai dans le cas où l'instance d'autorégulation qui évalue les services à la demande s'appuie sur des critères

différents de ceux qu'emploient les instances de régulation ou les autres organismes d'autorégulation pour vérifier les films ou les programmes en amont de leur diffusion au cinéma ou à la télévision. Lorsqu'un utilisateur se trouve confronté à des classifications émanant d'institutions différentes, il est essentiel que l'origine de la classification et les critères utilisés soient identifiables. La protection des utilisateurs atteint toutefois ses limites lorsqu'un grand nombre de classifications contradictoires coexistent.

Une participante a fait remarquer que la protection des mineurs n'était en rien garantie, à partir du moment où les mineurs pouvaient accéder à des services de télévision et à des services à la demande à partir du même écran, et dans la mesure où ces services étaient soumis à des réglementations différentes. Du point de vue des radiodiffuseurs de service public, il est indispensable que le fournisseur des contenus soit clairement identifiable. Ce point est également mentionné dans les principes publiés par l'Union européenne de radio-télévision (UER) le 15 avril 2011³⁴.

Un participant a évoqué le cas d'une émission britannique diffusée d'abord de manière linéaire par Channel 4, puis proposée ultérieurement « à la demande ». De nombreux téléspectateurs et utilisateurs (selon le service considéré) se sont plaints de cette émission auprès de l'Ofcom et de l'ATVOD. L'ATVOD a conclu que l'émission ne constituait pas une nuisance grave à l'épanouissement des mineurs au regard du droit applicable aux services audiovisuels à la demande, tandis que l'Ofcom a jugé qu'elle présentait des éléments offensants nullement justifiés par le contexte, et qu'elle contrevenait par conséquent aux dispositions de l'Ofcom Broadcasting Code (Code de la radiodiffusion de l'Ofcom)³⁵.

IV. Un triple « banc d'essai » pour la directive

Si les interventions et les débats organisés dans le cadre de l'atelier portaient essentiellement, le matin, sur l'interprétation et la transposition de la Directive SMAV, l'après-midi a été consacré à l'examen des avantages et des inconvénients du cadre juridique créé par la directive. La question de savoir si la directive avait ou non répondu aux attentes des différentes parties prenantes a été examinée du point de vue des utilisateurs, des acteurs du secteur et du régulateur.

1. Les attentes des utilisateurs en matière de régulation des services audiovisuels

Vincent Porter³⁶ a souligné dès le début de son intervention que la Directive SMAV résultait d'une série de compromis, fruit des suggestions émises par le puissant lobby des radiodiffuseurs et les secteurs de la publicité et des télécommunications. L'influence de ces acteurs économiques, par ailleurs concernés par les dispositions de la directive, a progressivement entraîné un affaiblissement de la protection des spectateurs.

De l'avis de l'orateur, le législateur européen a notamment omis d'établir une définition claire des services de médias audiovisuels à la demande, ce qui conduit à des approches différentes dans les Etats membres de l'UE en termes de définitions et d'interprétations. Ainsi, le décret français portant transposition de la directive fait clairement référence à deux types distincts de services à la demande : d'une part, les services de télévision de rattrapage des télédiffuseurs, et d'autre part, les « autres services de médias audiovisuels à la demande ». Le Royaume-Uni, à l'inverse, se contente de citer globalement les « services de programmes à la demande » (« *on-demand programme services* »).

34) Union européenne de radio-télévision (UER), *Principes en matière de télévision connectée à Internet et de télévision hybride en Europe/Principles for Internet Connected and Hybrid Television in Europe*, 15 avril 2011 (disponibles sur : http://www.ebu.ch/CMSimages/fr/Annex%20PR_15.04.2011_Principes_télévision_hybride_Europe_tcm7-71727.pdf).

35) Il s'agit de l'affaire « Frankie Boyle's Tramadol Nights ». La décision de l'ATVOD est disponible sur : <http://www.atvod.co.uk/news-consultations/news-consultationsnews/210311-frankie-boyle> ; celle de l'Ofcom figure dans l'*Ofcom Broadcast Bulletin* n° 179 du 4 avril 2011, p. 5.

36) Conseiller en matière de politique européenne des médias auprès de l'Alliance européenne des associations d'auditeurs et de téléspectateurs (European Alliance of Listeners' and Viewers' Associations, EURALVA). Voir l'article de Vincent Porter dans la présente publication.

Un autre problème, a ajouté Vincent Porter, vient du fait qu'en matière de protection de la jeunesse dans les services de médias audiovisuels à la demande, la directive se contente d'évoquer les services à la demande comme un tout, et non les programmes distincts proposés au sein d'un service. La Directive SMAV autorise certes les Etats membres à adopter des règles plus restrictives ou à interdire la diffusion de services étrangers. Il n'est toutefois pas certain que de telles initiatives soient compatibles avec les principes de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁷ (CEDH). La troisième phrase de l'article 10, alinéa 1, de la CEDH permet aux Etats signataires de soumettre les services de télévision à un régime d'autorisation, mais elle ne les y autorise pas s'agissant des services à la demande. Vincent Porter a suggéré l'instauration de systèmes de classification accompagnés de programmes de filtrage (adoptés volontairement) ou de dispositifs de contrôle d'accès (imposés). Une telle combinaison de dispositifs d'autorégulation et de corégulation serait peut-être à même de rééquilibrer les intérêts en jeu.

S'agissant du placement de produit et de l'obligation d'en informer le public, Vincent Porter a précisé qu'il existait des différences notables quant au niveau de protection assuré par les différents Etats membres³⁸. La France impose ainsi l'affichage d'une signalétique pendant une durée d'une minute, tandis qu'en Belgique, cette durée est réduite à 10 secondes, et même à trois au Royaume-Uni. L'intervenant a critiqué un autre aspect des dispositions de la directive, à savoir la question de la signalétique liée au placement de produit : elles ne tiennent pas compte du fait qu'un utilisateur de services à la demande soumis à un accès restreint est en droit de savoir, avant de payer, si le programme qu'il va visionner contient ou non du placement de produit. Vincent Porter considère de surcroît que la possibilité d'insérer a posteriori des images de produits ou des noms de marques dans des programmes (selon le principe de la « publicité virtuelle ») constitue un danger pour les consommateurs. Avec cette technique, un même programme pourrait comporter des placements de produits différents, en fonction du pays de diffusion (ou du fournisseur de services). Pour éviter d'induire l'utilisateur en erreur, Vincent Porter suggère que les instances nationales de protection des consommateurs se saisissent de la possibilité que leur offre le règlement (CE) n° 2006/2004³⁹ et œuvrent à ce que les fournisseurs de services de médias ne puissent pas diffuser des versions différentes d'un même programme au sein du Marché commun.

Au cours de son intervention, Vincent Porter a en outre critiqué l'absence de définition de la notion de « programme pour enfants » dans la directive, alors même qu'un nombre substantiel de ses dispositions concerne précisément ce type de programmes. Dans la mesure où elle ne fait pas de distinction entre un programme pour enfants et un programme pouvant (aussi) être vu par les enfants, la directive n'assurerait donc pas une protection efficace des enfants et des adolescents. Logiquement, elle ne prévoit pas non plus de restrictions en ce qui concerne les communications commerciales destinées aux enfants et diffusées pendant les programmes de divertissement familiaux. Sur ce point, selon l'intervenant, des dispositifs d'autorégulation et de corégulation pourraient également s'avérer efficaces. Ils pourraient par exemple imposer l'affichage d'un logo permettant d'identifier les programmes pour enfants, lequel indiquerait par là même aux parents que l'émission ne contient pas de placement de produit, conformément aux dispositions de la directive.

Au cours du débat qui a suivi, il a d'abord été question de la portée de l'article 10 de la CEDH. Un participant a signalé que la Cour européenne des droits de l'homme soulignait régulièrement, dans sa jurisprudence, que la CEDH était un « instrument vivant » et qu'elle devait par conséquent être interprétée en fonction des progrès et des évolutions. En appliquant ce principe de façon cohérente, on pourrait arguer du fait que l'énumération figurant à l'article 10 de la CEDH n'est pas exhaustive et que d'autres formes de services de médias pourraient y être ajoutées afin que les Etats membres aient la possibilité de soumettre la fourniture de services à la demande à l'obtention préalable d'une

37) L'article 10, alinéa 1, de la CEDH dispose : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. »

38) Sur ce point, l'article 11, alinéa 3, phrase 3, point d) de la Directive SMAV impose seulement, en matière de signalisation des programmes contenant du placement de produit, que l'information soit donnée en début et en fin de programme, ainsi que lorsque le programme reprend après une interruption publicitaire.

39) Règlement (CE) N° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs (« Règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs »), JO L 364, du 9 décembre 2004, p. 1, modifié en dernier lieu par le Règlement (UE) n° 181/2011, du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011, JO L 55 du 28 février 2011, p. 1.

autorisation. Même en adoptant cette approche, la jurisprudence de la Cour confirme que toute intervention doit reposer sur une base juridique et que les autres conditions fixées par l'article 10, alinéa 2, de la CEDH doivent être respectées.

Un autre participant s'est dit ravi que l'orateur soit en faveur d'une signalétique commune à toute l'Europe pour identifier les émissions destinées aux enfants. Face aux signalétiques « négatives » très répandues, qui permettent de repérer les émissions qui ne sont pas adaptées aux enfants et/ou aux adolescents, l'idée d'une signalétique positive semble très intéressante. Ce participant a toutefois soulevé la question de savoir comment instaurer une telle signalétique transnationale et par le biais de quelle instance. On peut se demander en particulier s'il est possible d'y parvenir par la voie de l'autorégulation, ou si une intervention de la réglementation est nécessaire. Selon Vincent Porter, on constate dans le domaine des services de vidéo à la demande un abandon de la réglementation strictement « *top-down* » (littéralement : « du haut vers le bas ») telle qu'elle existait dans le secteur de la télévision. Il est donc souhaitable que les acteurs du secteur renforcent leur engagement en faveur de l'autorégulation, notamment en raison des divergences qui existent d'un Etat membre à l'autre dans la définition de ce qu'est un programme pour enfants. A cet égard, Vincent Porter a mentionné en particulier l'instance d'autorégulation britannique pour le secteur publicitaire, l'ASA, ainsi que l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité (AEEP), lesquelles ont adopté des approches intéressantes en matière de protection des enfants et des adolescents dans le domaine de la publicité. L'orateur a cependant concédé que les différences culturelles, au sein de l'UE et souvent à l'intérieur même des Etats membres, risquaient d'être un obstacle à l'instauration d'une signalétique positive pour les programmes destinés aux enfants.

Un dernier participant a fait remarquer, comme l'avait déjà signalé Vincent Porter dans son intervention, que la majorité des enfants et des adolescents ne regardait pas les programmes destinés traditionnellement au jeune public. De ce fait, une signalétique positive pourrait être dénuée d'impact réel au final.

2. Attentes vis-à-vis de la réglementation du point de vue du secteur et de sa stratégie

Dans son intervention, Erik Valgaeren⁴⁰ a évoqué les difficultés que rencontre le secteur, tenu de respecter les dispositions de la Directive SMAV ainsi que d'autres règles applicables simultanément.

Il a notamment constaté que le cadre juridique européen relatif aux services (de médias) audiovisuels était fortement conditionné par des directives qui avaient été (ou devaient être) transposées différemment dans les droits nationaux. Il s'ensuit que la situation européenne globale n'est ni unifiée, ni harmonisée. L'absence d'une situation de concurrence équitable constitue un défi, surtout pour les entreprises de médias qui exercent souvent leurs activités au-delà des frontières et se trouvent donc aux prises avec de nombreux ordres juridiques différents. En outre, un grand nombre de sociétés répartissent entre des branches distinctes de l'entreprise leurs différents domaines de responsabilité (par exemple les contenus, les réseaux et la protection des données), si bien qu'il est toujours périlleux de garantir le bon respect des dispositions légales dans le bon service.

La critique centrale formulée par Erik Valgaeren concerne le fait que la réglementation, dans la plupart des cas, ne vise pas les médias numériques. Au mieux, on peut penser que cela résulte d'une volonté délibérée d'élaborer une législation « technologiquement neutre » ; toutefois l'orateur ne s'est pas montré très convaincu du bien-fondé à long terme de cette stratégie. Il a critiqué certaines dispositions étatiques mal adaptées aux évolutions technologiques.

En raison des conditions évoquées ci-dessus, l'orateur estime qu'aucun modèle économique dans le domaine audiovisuel n'est pleinement en accord avec les différentes dispositions juridiques existantes. La nécessaire évaluation juridique qui est réalisée en aval du lancement d'un nouveau service ne conduit donc pas au strict respect de (toute) la réglementation en vigueur, mais s'apparente plutôt à une évaluation des risques qui permet de fixer des priorités en matière de respect des dispositions.

40) Avocat et associé au sein du cabinet d'avocats Stibbe de Bruxelles. Voir l'article d'Erik Valgaeren et de Lore Leitner dans la présente publication.

L'observation des règles de droit dépend surtout du niveau de clarté de la réglementation et de l'application de celle-ci. Pour illustrer le phénomène d'ajustement des technologies aux dispositions réglementaires, l'orateur a cité l'exemple du programme de vérification des contenus de YouTube⁴¹, ainsi que l'instauration de restrictions d'accès fondées sur la géolocalisation⁴².

Sur la question des cookies et de la publicité comportementale⁴³, Erik Valgaeren a concédé que les nouvelles prescriptions de la Directive 2002/58/CE récemment modifiée⁴⁴ (abandon d'un régime « d'opt-out » et adoption d'un système « d'opt-in » requérant le consentement préalable) représentaient un défi particulièrement ardu pour les fournisseurs de services. On ignore encore précisément comment ces principes, formulés de façon très théorique, pourront être mis en œuvre en pratique. Erik Valgaeren a en outre indiqué qu'il ne fallait pas rejeter par principe les services consistant à consigner et à analyser le comportement des utilisateurs sur internet (par exemple les requêtes adressées aux moteurs de recherche). Le service « suivi de la grippe » proposé par Google s'est ainsi révélé très utile pour observer la propagation de la grippe⁴⁵.

Erik Valgaeren a estimé que le renforcement de l'autorégulation et de la corégulation présentait de nombreux avantages, tant pour le législateur et le contrôle étatique que pour l'économie elle-même. Pour les Etats, ces dispositifs permettent une transposition à moindres frais des dispositions correspondantes, mais aussi une mise en œuvre moins coûteuse, dans la mesure où les acteurs économiques sont généralement plus disposés à observer des dispositions qui n'émanent pas d'une réglementation étatique. Pour le secteur, les approches autorégulatrices ou corégulatrices présentent des avantages, car elles offrent une meilleure vue d'ensemble des réalités technologiques et permettent d'identifier au mieux les ajustements réglementaires nécessaires. En outre, les acteurs économiques ont ainsi la possibilité d'ajouter une dimension pratique aux mesures réglementaires étatiques souvent fondées sur des conceptions théoriques. Il est plus facile de parvenir à la situation de concurrence équitable évoquée plus haut (« *level-playing field* ») en tenant compte de l'expérience d'entreprises qui exercent leurs activités à l'international.

Dans le débat qui a suivi, un participant a abordé la question de la neutralité technologique de la réglementation et interpellé l'intervenant sur ce qu'il considérerait comme une contradiction : Erik Valgaeren s'était prononcé d'une part en faveur d'une réglementation (réellement) neutre du point de vue de la technologie, mais semblait appeler de ses vœux, d'autre part, une réglementation propre au secteur, tenant compte des technologies utilisées. Erik Valgaeren a nié, soulignant qu'il avait simplement voulu indiquer qu'une solution technologiquement neutre était de toute façon préférable aux réglementations qui dataient de l'époque où les médias analogiques étaient prédominants et qui ne tenaient compte, pour l'essentiel, que des caractéristiques de ceux-ci et ne s'étaient jamais adaptées

41) Ce programme permet aux ayants droit de YouTube de repérer et de signaler de façon ciblée les infractions présumées au droit d'auteur commises sur le portail vidéo.

42) Pour se conformer aux diverses dispositions juridiques auxquelles ils sont soumis du fait de l'étendue variable des différents droits de distribution qui leur sont accordés, les fournisseurs de services en ligne tendent de plus en plus, depuis quelque temps, à faire en sorte que certains contenus ne puissent être consultés qu'à partir d'un pays donné, ou que la consultation soit impossible dans tel ou tel pays. L'adresse IP du terminal utilisé par le spectateur permet d'identifier l'origine géographique de la requête.

43) L'utilisation de cookies offre un outil d'analyse du comportement de chaque utilisateur (pages visitées précédemment, articles consultés ou achetés). Les centres d'intérêts ainsi avérés ou présumés des utilisateurs permettent à leur tour aux annonceurs de diffuser des publicités plus ciblées aux consommateurs, et d'éviter ainsi d'adresser des communications commerciales à des utilisateurs qui ne se trouvent pas dans leur groupe-cible. La Fédération allemande de l'économie numérique (Bundesverband Digitale Wirtschaft) a mis en place son propre site, www.meine-cookies.org, afin de permettre aux utilisateurs de contrôler l'utilisation de la publicité comportementale. Le fonctionnement des cookies y est défini comme suit : « Une personne qui visite par exemple fréquemment des sites culinaires, mais pas de sites consacrés à l'automobile, recevra des publicités en lien avec la cuisine plutôt qu'avec l'automobile. » Pour de plus amples informations sur le contexte technologique et économique de ce phénomène, on pourra consulter l'avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne (WP 171) du groupe de travail « article 29 » : ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_fr.pdf, p. 4 et suivantes.

44) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JO n° L 201 du 31/07/2002 p. 37, modifiée en dernier lieu par la Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, JO n° L 337 du 18 décembre 2009, p. 11.

45) Google évalue les requêtes relatives à la grippe ou à la santé émanant d'utilisateurs de différents pays et établit, en fonction de leur fréquence, des profils par pays, lesquels peuvent être utilisés notamment pour repérer précocement les épidémies de grippe. Voir <http://www.google.org/flutrends/intl/fr/>

aux évolutions technologiques. Selon l'orateur, la grande contradiction se situe surtout au niveau des dispositions qui imposent la neutralité technologique, sans pour autant satisfaire elles-mêmes à leur propre exigence. Il a cité à titre d'exemple la distinction qu'opère la Directive SMAV entre services linéaires et services non linéaires, laquelle pose régulièrement des problèmes aux fournisseurs de services de médias. L'intervenant a toutefois concédé qu'au vu des rapides bouleversements en cours, une réglementation tenant compte des technologies utilisées serait elle aussi confrontée à l'impossibilité de prédire l'état des technologies avec dix ans d'avance. Une telle réglementation pourrait en outre difficilement s'accommoder de modèles économiques ouverts sur les futures possibilités technologiques.

Interrogé par le même participant, Erik Valgaeren a réaffirmé que sa préférence allait à des règles formulées en des termes technologiquement neutres, susceptibles d'être complétées, au besoin et en fonction de l'évolution de la technologie, par des dispositions faisant spécifiquement référence auxdites technologies. Ce type de dispositions tournées vers l'avenir (en anglais « *future-proof* »), qui doivent nécessairement s'accommoder de concepts juridiques incertains, conduisent néanmoins inévitablement à un niveau d'harmonisation faible ; ce point est particulièrement perceptible s'agissant de la transposition de la Directive SMAV dans les différents droits nationaux. Si l'on souhaitait définir par la loi chaque notion importante d'un texte communautaire, on risquerait de compromettre la viabilité à long terme de la réglementation. Des dispositions formulées en des termes technologiquement neutres exigent à l'inverse une interprétation conforme et homogène, ce qui implique, dans l'UE, le recours au premier chef à la jurisprudence de la CJUE. Les procédures portées devant la CJUE sont toutefois extrêmement longues, et il n'est pas certain que des affaires portant précisément sur ces questions se présenteront, car ce point dépend généralement des litiges qui surviennent au niveau des Etats membres. Pour atteindre un niveau satisfaisant de clarté, il faut bien souvent attendre que les avancées technologiques aient elles-mêmes cédé la place à d'autres, que les cas d'application soient dépassés, voire, dans le pire des cas, que les dispositions aient été modifiées ou abrogées. Ce problème, que l'on appelle parfois « cercle vicieux » ou dilemme de la régulation, soulève une question de long terme (à laquelle aucune réponse satisfaisante n'a encore été apportée) : existe-t-il d'autres instruments permettant d'élaborer des interprétations contraignantes (d'une façon comparable) pour résoudre les problèmes d'application ?

3. L'approche du législateur et des autorités de régulation

La troisième et dernière partie de ce « banc d'essai » de la Directive SMAV a été présentée par Joan Barata Mir⁴⁶, lequel a abordé la problématique du point de vue du législateur et des autorités de régulation.

Joan Barata Mir a rappelé, au début de son intervention, que les services de vidéo à la demande étaient protégés constitutionnellement par le droit fondamental à la liberté d'expression. Comme pour certains autres médias traditionnels, ils ne peuvent donc être soumis à des restrictions qu'à certaines conditions et dans le respect du principe de proportionnalité.

Les premiers problèmes qui surviennent sont dus au fait que les Etats peuvent difficilement atteindre ce type de fournisseurs de services. A l'instar d'autres intervenants avant lui, Joan Barata Mir a indiqué qu'il fallait opérer une distinction entre les services proposés par les radiodiffuseurs traditionnels sur internet, et ceux qui reposaient sur des contenus indépendants de ces radiodiffuseurs, ou qui offraient simplement un accès à ceux-ci. Dans ce dernier cas, contrairement aux services que les radiodiffuseurs se contentent d'étendre à internet et pour lesquels il est facile d'identifier l'entité responsable, les différentes parties prenantes au service peuvent être séparées par une distance géographique considérable. C'est vrai, d'une part, s'agissant des liens entre les autorités de surveillance et les « entités responsables » (par exemple l'opérateur d'un portail de vidéos), et, d'autre part, entre ces autorités et les « auteurs » de l'offre considérée, par exemple les personnes qui mettent en ligne des contenus générés par des utilisateurs. Dans les rapports entre les autorités et les entités responsables, se pose le problème du siège social des fournisseurs de services opérant à l'international : celui-ci se trouve souvent à l'étranger, hors de toute juridiction des autorités de régulation nationales de l'UE (ou même d'une seule d'entre elles). Si l'on exigeait de ces fournisseurs qu'ils se soumettent à la

46) Secrétaire général du Conseil catalan de l'audiovisuel jusqu'en 2011 et désormais professeur à la Faculté des sciences de la communication Blanquerna de l'Université Ramon Llull. Voir l'article de Joan Barata Mir dans la présente publication.

juridiction de tous les Etats dans lesquels les contenus qu'ils proposent peuvent être consultés, ils se trouveraient confrontés à des lois, des jurisprudences et des autorités de supervision différentes. Quant à l'auteur même des contenus, il semble plus éloigné encore de l'autorité compétente. Dans certains cas particuliers, outre la délicate question de l'ordre juridique compétent, il peut être extrêmement difficile d'identifier qui a créé une vidéo donnée figurant sur un portail en ligne.

Joan Barata Mir s'est ensuite intéressé à la définition des services de médias audiovisuels à la demande et a formulé des critiques, notamment au sujet des critères d'exclusion mentionnés dans différents considérants de la directive. Ceux-ci paraissent parfois très arbitraires et pourraient aisément conduire à des interprétations discriminatoires.

L'orateur a fait remarquer que l'élargissement du champ d'application de la Directive SMAV aux services non linéaires avait également modifié la définition de ce qu'était un utilisateur averti et éduqué aux médias. Si le téléspectateur, face à un service de télévision traditionnel, est cantonné à un rôle plutôt passif dans lequel son degré de responsabilité et sa capacité à se protéger des contenus illégaux sont relativement faibles, l'utilisateur d'un service à la demande est plus à même d'éviter les contenus indésirables sans qu'il y ait besoin pour cela d'une régulation externe de grande ampleur. Ce nouveau point de vue se reflète également dans les différents considérants de la directive, qui témoignent du fait que le législateur européen part désormais du principe qu'il a affaire à un utilisateur bien informé. Joan Barata Mir a néanmoins indiqué qu'il ne pouvait souscrire sans réserve à cette approche. Croire à une telle métamorphose de l'utilisateur semble quelque peu naïf et l'on peut douter du bien-fondé de ce point de vue. En outre, un transfert trop important des fonctions de régulation à l'utilisateur conduirait à une privatisation de la responsabilité, laquelle pourrait finir par prendre des formes douteuses.

L'intervenant a ensuite abordé le cas de ceux qu'il qualifie d'« intermédiaires » (tels que les portails de vidéos, les agrégateurs ou les moteurs de recherche) et qui jouent les « entremetteurs » entre les fournisseurs de contenus et l'utilisateur. On ne peut pas nier que les services de ce type assument des fonctions qui, à certains égards, peuvent s'apparenter à une démarche éditoriale. Ils procèdent par exemple régulièrement à une sélection des contenus, à leur mise en forme et à leur hiérarchisation. Il serait donc opportun de réglementer aussi ces services, car ces opérateurs seraient plus facilement accessibles que les créateurs des contenus proprement dits. Néanmoins, il serait disproportionné de leur appliquer les mêmes normes qu'en matière de surveillance des radiodiffuseurs traditionnels. Joan Barata Mir a évoqué les concepts et les règles qu'il conviendrait de définir pour pouvoir exiger des opérateurs de réseau et des fournisseurs d'accès qu'ils rendent des comptes dans le cadre de leurs activités. Ces fournisseurs de services ne peuvent pas être tenus responsables de contenus individuels ; toutefois, ils exercent eux aussi des activités qui pourraient justifier qu'ils en assument la responsabilité, ce qui leur conférerait un rôle de « cordon sanitaire » (c'est-à-dire de contrepoids préventif et d'équilibrage). Il va de soi que les intermédiaires doivent eux aussi accepter un régime de responsabilité. Reste à déterminer quel type de législation serait adapté à leur situation. Puisque l'univers d'internet, a rappelé l'intervenant, est fortement marqué par la présence de ce qu'il convient d'appeler des « gardiens » (« *gatekeeper* »), lesquels détiennent parfois des positions dominantes sur le marché, le droit de la concurrence semble tout trouvé. Face à l'avancée rapide des évolutions technologiques et au caractère imprévisible de la régulation qui en découle, l'intervenant suggère en outre un abandon de la réglementation « ex-ante » pour passer à un système « ex-post », plus souple.

Pour pouvoir tenir dûment compte de ces évolutions, il faudrait en outre rapprocher les réglementations relatives aux réseaux et aux contenus, dans une forme de législation hybride. Les autorités de régulation qui en résulteraient, et qui pourraient dans l'idéal adopter des positions « convergentes », bénéficieraient ainsi d'une vue d'ensemble plus globale des contenus et pourraient réagir mieux et plus rapidement à l'émergence de nouveaux modèles économiques. Toutefois, les autorités de régulation issues d'une telle fusion pourraient aussi rapidement devenir trop puissantes. Selon Joan Barata Mir, il est cependant possible d'y remédier à travers les modèles dits de « gouvernance des communications », qui pourraient voir leur importance se renforcer. Ces modèles comportent une proportion moindre de réglementation étatique et s'appuient davantage sur des dispositifs d'autorégulation et de corégulation. Dans les Etats méditerranéens, on observe toutefois que les acteurs du secteur préfèrent se retrancher dans des systèmes d'autorégulation afin de se maintenir à distance respectable de la réglementation étatique ou de se prémunir contre toute intervention de l'Etat. Pour contrer cette tendance, ce type de systèmes devrait en premier lieu garantir des droits suffisants aux consommateurs et attribuer aux pouvoirs publics des possibilités d'intervention réglementaire efficaces à des fins de surveillance.

Au cours du débat qui a suivi, plusieurs participants se sont étonnés que l'intervenant propose d'abandonner le système de la régulation ex-ante (par exemple dans le cadre de la Directive SMAV) au profit d'une régulation ex-post fondée sur le droit de la concurrence (de l'UE). Selon eux, cette évolution représenterait un recul. Un participant s'est notamment dit en désaccord avec l'intervenant quant aux conséquences de l'application d'une régulation ex-post à une poignée de « *gatekeepers* ». Un nombre souvent incalculable d'acteurs économiques et de fournisseurs de services exercent des activités sur internet, si bien qu'il est peu probable que l'un d'entre eux occupe un jour une position dominante sur le marché. La directive « accès⁴⁷ » apporte une solution partielle à ce problème, car elle formule certaines obligations incombant aux fournisseurs de réseaux ou de services de communications électroniques, indépendamment de l'influence potentielle de ceux-ci sur le marché. Ce texte vise tout particulièrement les situations de goulet d'étranglement (« *bottleneck* ») qui concernent certains fournisseurs de contenus et leurs clients. Voilà pourquoi il est nécessaire de créer une situation de concurrence équitable au moyen d'une régulation ex-ante. C'est la seule façon de garantir des conditions identiques pour tous les acteurs du marché et une protection suffisante des consommateurs.

Un participant a ensuite orienté le débat sur la forme que pourraient prendre les autorités de régulation « convergentes » évoquées par l'intervenant, et sur leur niveau d'intervention possible (national ou européen). Selon Joan Barata Mir, des autorités opérant au niveau national seraient préférables. Toutefois, comme on l'a déjà évoqué, il reste à craindre qu'elles acquièrent un pouvoir trop important, et dans ce cas, une autorité pleinement convergente serait difficile à faire accepter aux différents groupes d'intérêts. Il demeure, selon Joan Barata Mir, que les personnes en charge de la régulation des réseaux et de la supervision des contenus devraient idéalement travailler dans un même lieu physique et avoir la possibilité d'échanger directement. En d'autres termes, ils devraient pouvoir aller boire un café ensemble pendant leur pause. Une autre participante a émis une opinion allant dans le même sens (tout en modérant quelque peu l'intervention précédente), mais a fait remarquer qu'une autorité convergente n'était pas une nécessité absolue : une simple convergence des approches réglementaires entraînerait déjà des avancées considérables.

Une autre participante a demandé où en était le débat au sein des Etats européens, et notamment si les pays avaient l'intention d'instaurer (en nombre) des autorités de type convergentes. Sur ce point, plusieurs membres de l'assistance ont fait remarquer que quelques Etats membres, notamment la France, le Luxembourg, le Royaume-Uni et l'Espagne, s'étaient prononcés clairement contre une telle fusion des compétences réglementaires au niveau européen. Un participant a souligné que l'absence de volonté dans l'UE transparaissait aussi dans les directives relatives au droit des télécommunications et des médias. Selon lui, elles se contenteraient de faire référence l'une à l'autre, sans traduire pour autant une réelle convergence des dispositions et des concepts. La création d'instances « hybrides » semble par conséquent peu envisageable dans un avenir proche. Un autre participant a également souligné que l'existence d'une autorité « convergente » n'entraînerait pas nécessairement la coopération souhaitée entre les personnes en charge des différents secteurs.

En ce qui concerne la coopération et la concertation entre les autorités de régulation des différents Etats membres, quelques participants ont demandé si des interactions avaient lieu et s'il était nécessaire d'opérer une harmonisation allant peut-être jusqu'à la création d'une autorité de régulation indépendante et paneuropéenne. Pour répondre à cette question, a souligné un membre de l'assistance, il faudrait d'abord déterminer ce qui ne fonctionne pas et quelles sont les harmonisations nécessaires. La volonté d'échanger et de coopérer existe. Des représentants de l'autorité de régulation néerlandaise recherchent ainsi régulièrement le dialogue avec leurs confrères et leurs consœurs de l'étranger, pour partie sous une forme institutionnalisée (Euregiolators). Des occasions de débattre et d'échanger existent aussi dans le cadre de la Plateforme européenne des instances de régulation (European Platform of Regulatory Authorities, EPRA). Selon l'un des participants, une solution envisageable consisterait à créer un groupe représentant les autorités de régulation dans le domaine des médias. Il existe à ce jour

47) Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), JO n° 108 du 24 avril 2002, p. 7, modifiée en dernier lieu par la Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, JO n° 337 du 18 décembre 2009, p. 37.

l'ORECE⁴⁸ pour les télécommunications, le RSPG⁴⁹ pour le spectre radioélectrique et l'ERGP⁵⁰ pour les services postaux, mais rien de comparable, curieusement, dans le domaine des médias.

V. Thèmes transversaux et perspectives

Pour clore l'atelier, une table ronde a permis de revenir sur un certain nombre de thèmes importants traités au cours des différentes interventions et des débats. Les participants ont notamment évoqué l'attitude à adopter face au (nouveau) rôle des intermédiaires, mais aussi les possibilités et les chances de succès qu'offrent les dispositifs d'autorégulation et de corégulation dans le domaine des services de médias audiovisuels à la demande.

1. Les intermédiaires au sein de l'architecture réglementaire, actuelle et future

Un participant a soulevé la question de la compatibilité entre la réglementation relative aux intermédiaires revendiquée par Joan Barata Mir dans son intervention et les règles de limitation de responsabilité posées par les articles 12 à 15 de la directive sur le commerce électronique. Joan Barata Mir a souligné la nécessité d'une réglementation appropriée ou d'une clarification à travers la Directive SMAV, puisque les intermédiaires concernés relèveraient alors de deux directives différentes. A certains égards, les activités exercées par les intermédiaires en termes de choix des contenus, de mise à disposition et de diffusion justifieraient qu'ils assument une forme de responsabilité éditoriale.

Dans de nombreux cas, a insisté un participant, il n'est pas certain que l'on puisse faire porter aux intermédiaires une responsabilité éditoriale pour les contenus qu'ils mettent à disposition sur les portails visés. Néanmoins, la Directive SMAV est formulée de telle façon que les intermédiaires de ce type peuvent entrer dans son champ d'application dès lors que leurs activités sont fortement axées sur la sélection et la préparation éditoriale des différents contenus. Il incombe aux entreprises concernées de se limiter à une simple transmission d'informations, ou de choisir d'assurer en complément des activités éditoriales, lesquelles entraînent toutefois un transfert de responsabilité et appellent des conséquences réglementaires.

Rebondissant sur ce point, un membre de l'assistance a fait remarquer que les niveaux de réglementation applicables à la presse, d'une part, et à la radiodiffusion, d'autre part, étaient très différents. En outre, les intermédiaires ne préconisent pas une absence totale de réglementation ; ils rechignent simplement à être soumis à une réglementation aussi stricte que celle qui pèse sur les radiodiffuseurs. En conséquence, le débat devrait d'abord porter sur la nécessité de réviser les approches réglementaires traditionnelles et le niveau de régulation appliqués dans le cadre de la politique de radiodiffusion, et sur l'éventualité d'une dérégulation. En outre, une révision de la directive sur le commerce électronique devrait aussi être effectuée, car sa définition globale des fonctions d'intermédiaire ne correspond plus aux réalités techniques et économiques actuelles. Le participant a reconnu qu'il s'agissait a priori d'un projet ardu, de longue haleine. Néanmoins, un certain degré de régulation est aujourd'hui nécessaire, car les juridictions nationales (au niveau des instances inférieures) peinent à concrétiser les droits et les devoirs en la matière. Ceci aboutit dans de nombreux Etats à des résultats hétérogènes, si bien que l'on s'éloigne de plus en plus de l'objectif d'harmonisation.

Un participant a abondé dans ce sens, ajoutant que les intermédiaires seraient plus susceptibles d'accepter une régulation appropriée des contenus diffusés sur les écrans de télévision (par exemple dans le cadre des plateformes de télévision numérique qu'ils mettent à disposition), qu'une réglementation portant sur des activités cantonnées à l'univers en ligne.

48) Organe des régulateurs européens des communications électroniques, Voir le Règlement (CE) n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ainsi que l'Office, JO n° L 337 du 18 décembre 2009, p. 1.

49) Groupe pour la politique en matière de spectre radioélectrique, Voir la Décision de la Commission du 26 juillet 2002 instituant un groupe pour la politique en matière de spectre radioélectrique, JO n° L 198 du 27 juillet 2002, p. 49.

50) Groupe des régulateurs européens dans le domaine des services postaux, voir la Décision de la Commission du 10 août 2010 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des services postaux, JO n° C 217 du 11 août 2010, p. 7.

Un autre membre de l'assistance a réaffirmé qu'il n'était pas possible d'établir, s'agissant des intermédiaires, une responsabilité éditoriale unique, applicable à tous les domaines. En fonction de son objet et de son contenu, la réglementation peut et doit s'appuyer sur des éléments différents. Si un opérateur de plateforme peut par exemple tout à fait être tenu responsable de la diffusion de contenus préjudiciables aux enfants et aux adolescents, il est en revanche peu opportun de le poursuivre en justice pour avoir diffusé sur son portail un film comportant des placements de produits illicites.

2. Perspectives et attentes face aux systèmes de corégulation et/ou d'autorégulation

S'adressant à Erik Valgaeren, qui avait présenté dans son intervention le point de vue du secteur sur les exigences posées par les différents domaines de la réglementation, une participante a demandé si les acteurs économiques manifestaient une quelconque volonté de coopérer en matière de protection des enfants et des adolescents, comme le suggérait Vincent Porter. Erik Valgaeren a répondu qu'il existait des tentatives d'autorégulation dans le domaine des réseaux sociaux, les fournisseurs étant conscients du danger que pouvaient représenter ces réseaux pour les utilisateurs mineurs, et ce, à plusieurs titres. Sur la base d'initiatives lancées au niveau de l'UE, ils s'efforcent en conséquence de concevoir leurs services de façon à assurer une protection adaptée des jeunes, en étroite collaboration les uns avec les autres.

Deux autres participants se sont ensuite exprimés sur la prolifération actuelle des dispositifs de corégulation et d'autorégulation dans l'UE. Le premier a fait remarquer qu'il n'existait pas de tradition de corégulation ou d'autorégulation dans des pays tels que la Pologne ou la Slovaquie. Ponctuellement, cependant, certains radiodiffuseurs slovaques cherchent à entrer en contact avec les autorités de régulation nationales d'autres pays. Le deuxième a souligné que dans bon nombre d'États membres « d'Europe de l'Ouest », l'autorégulation, mais surtout la corégulation, ne constituaient pas non plus des traditions de longue date, et qu'on ne rencontrait ce type de dispositifs que de façon sporadique.

Un autre membre de l'assistance a ensuite rapporté qu'il n'existait pas de véritable corégulation en Belgique. Les acteurs économiques, ainsi que d'autres parties prenantes, sont toutefois associés de près au processus législatif dans le cadre de consultations, ce qui leur permet de voir leurs intérêts dûment pris en compte. Lorsqu'ils sont soumis au Parlement, les projets de loi bénéficient ainsi déjà d'un large consensus. Le participant a donc suggéré de ne pas négliger ce mode de « coproduction » de la loi lors des débats consacrés à la corégulation.

S'agissant des possibilités d'instaurer des systèmes de corégulation ou d'autorégulation, une participante a souligné que les fournisseurs de services de médias audiovisuels ne pouvaient pas être comparés aux acteurs du marché des télécommunications. Alors qu'il n'existe pratiquement aucune mesure de ce type dans le domaine des télécommunications, on constate une évolution positive dans le secteur de la télévision sur différents aspects de la régulation de la publicité. La démarche actuelle, menée conjointement avec les fournisseurs, consiste à soutenir la mise au point des technologies nécessaires à la transposition des dispositions relatives à la protection des mineurs. De nouveaux domaines d'intervention politique particulièrement importants ou « sensibles » (du point de vue de la concurrence) tels que les quotas appliqués aux services de médias audiovisuels non linéaires, se prêtent bien à une collaboration des autorités de régulation et des organismes non étatiques, c'est-à-dire les représentants du secteur ou les organismes qui réunissent les différents acteurs. Dans son pays, cette participante a noté que dans ce type de cas, l'instauration d'une nouvelle réglementation sans coordination préalable faisait toujours courir le risque d'imposer des exigences trop lourdes à un marché encore en construction et de ne pas recueillir une adhésion (suffisante).

Un participant a fait remarquer que la protection des mineurs dans le domaine de la radiodiffusion télévisuelle traditionnelle était relativement efficace, notamment parce qu'elle concernait un marché assez restreint comportant un nombre limité d'acteurs. À l'inverse, l'univers des services à la demande se caractérise par un nombre d'offres pratiquement illimité, lesquelles sont de plus facilement accessibles aux mineurs, ce qui complique l'instauration d'une régulation efficace. Un autre participant a ajouté que la multiplication des fournisseurs de services à la demande rendait plus difficile encore une organisation des acteurs du marché en instances d'autorégulation ou de corégulation. Les décideurs politiques et/ou les régulateurs, mais aussi les grands fournisseurs de services, ont du mal à identifier les interlocuteurs auxquels ils doivent s'adresser.

Un autre membre de l'assistance a ensuite amené le débat sur la question des coûts occasionnés par les dispositifs de corégulation. S'appuyant sur l'exemple de l'Autorité britannique pour la télévision à la demande (ATVOD), il a expliqué que l'instauration d'un système de corégulation nécessitait des investissements nettement plus élevés qu'une réglementation purement étatique. Néanmoins, on constate que les coûts de fonctionnement d'un tel système sont beaucoup plus raisonnables que ceux de sa mise en place. Il reste que c'est généralement pour des raisons de coûts que les dispositifs de corégulation renoncent (souvent) délibérément à prévoir des mécanismes de sanctions.

Un autre participant a abondé en ce sens et suggéré la réalisation d'une analyse des coûts en amont du lancement de toute initiative de corégulation. Cette analyse devrait couvrir l'ensemble des frais à engager dans le cadre de la fourniture des services, selon une approche « de bout en bout » englobant les frais d'enregistrement ou d'obtention d'une autorisation, les coûts liés à la mise en place et à la certification d'une instance d'autorégulation, ceux liés aux activités courantes de l'instance, y compris la surveillance, etc., et jusqu'aux frais de justice incombant à l'ensemble des parties prenantes en cas de procédure engagée d'office ou à la suite d'une plainte par les autorités ou les institutions d'autorégulation, y compris les éventuels frais supplémentaires en cas de procès. Un autre membre de l'assistance a exprimé son accord avec ce point de vue et souligné que le niveau des coûts incombant aux fournisseurs de services dans le cadre d'un dispositif de corégulation avait un effet fortement dissuasif sur la volonté des acteurs économiques d'opter pour une forme d'autocontrôle.

Au sujet des inquiétudes émises par l'un des intervenants quant à un repli de l'économie dans l'autorégulation afin de contourner les restrictions imposées par l'Etat, un participant a rappelé que la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa jurisprudence relative aux principes de procédure (garanties procédurales) visés à l'article 6 de la CEDH, avait établi des obligations incontestables, lesquelles devraient également être prises en compte dans les systèmes de corégulation ou d'autorégulation.

Un autre participant a demandé comment faire valoir des arguments en faveur d'une autorégulation au niveau européen, alors que la plupart des Etats membres peinent déjà à persuader les acteurs du secteur à se regrouper dans des dispositifs de ce type au niveau national. Dans le même temps, l'existence d'une institution d'autorégulation nationale fonctionnant de façon satisfaisante au sein d'un système de corégulation peut, paradoxalement, constituer (au moins) en partie un obstacle à l'instauration d'un système commun à toute l'Europe. Ainsi, le système européen d'information sur les jeux (Pan-European Game Information ou PEGI⁵¹), créé à l'initiative des acteurs économiques et de quelques Etats européens qui ne disposaient d'aucune réglementation ou, en tout cas, d'aucune réglementation différenciée, a par exemple été mal accueilli en Allemagne. En effet, il existait depuis longtemps des dispositions légales en la matière dans ce pays, le secteur disposait d'un système fiable de classification en fonction de l'âge grâce à l'Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle (Dispositif d'autocontrôle des logiciels de divertissement - USK), et le personnel politique avait laissé entendre qu'il jugeait impossible de soutenir le système PEGI.

Sur le même thème, un participant a confirmé que des classifications et des signalétiques communes à toute l'Europe seraient particulièrement appréciées par les fournisseurs de services exerçant des activités à l'international. C'est la raison pour laquelle il faut créer des incitations qui permettront l'intégration des acteurs économiques dans un système d'autorégulation au niveau supranational, tout particulièrement dans les Etats qui n'ont pas encore adopté de dispositifs d'autorégulation. Un autre participant a émis des doutes à ce sujet et déclaré qu'au vu du nombre croissant d'acteurs sur le marché des médias, il lui semblait de plus en plus difficile de parvenir à un consensus allant dans le sens d'un dispositif d'autorégulation.

Un membre de l'assistance a dit partager le point de vue selon lequel l'image d'un utilisateur omniscient et parfaitement informé était erronée. Dans le domaine des services de vidéo à la demande, comme ailleurs, l'utilisateur a besoin d'informations quant à la nature des programmes et aux possibilités qui s'offrent à lui pour agir contre les contenus préjudiciables.

51) Le système PEGI propose depuis 2003 une classification par âge transnationale des jeux informatiques et des jeux vidéo. Il est aujourd'hui appliqué dans trente Etats européens (dont tous les Etats membres de l'UE à l'exception de l'Allemagne, mais aussi la Norvège, la Suisse, l'Islande et Israël).

Pour finir, un dernier participant a critiqué l'existence d'une pléthore de signalétiques et de classifications. Au Royaume-Uni, par exemple, si les radiodiffuseurs instituait leur propre système de classification en plus de ceux du BBFC⁵² et de l'ATVOD, le spectateur se trouverait confronté à une multitude de symboles pratiquement ingérable, ce qui serait plutôt préjudiciable à l'éducation du public. Indépendamment des contradictions à prévoir en raison des différentes approches retenues et de l'application de critères partiellement divergents, il faut se demander si cette multitude de symboles constituerait réellement une amélioration de la protection des enfants et des adolescents.

VI. Bilan

L'atelier portait sur la question d'un fondement adapté pour la régulation des services (de médias) audiovisuels à la demande. Les deux premières interventions ont posé les bases d'une bonne compréhension des questions de fond, en abordant, respectivement, la grande diversité des services existant actuellement ou destinés à voir le jour prochainement, et le cadre juridique de l'UE relatif à leur réglementation. Les interventions suivantes étaient consacrées à la mise en œuvre des dispositions pertinentes (et plus particulièrement à leur champ d'application) en droit national (néerlandais et italien) ou traitaient des expériences pratiques d'autorégulation et de corégulation de deux États membres (Allemagne et Royaume-Uni) s'agissant de certains thèmes visés par la Directive SMAV (les communications commerciales et la protection des enfants et des adolescents). Il ressort de ces interventions, comme des débats organisés à leur issue, que le contenu et la portée réglementaire de la Directive SMAV peuvent donner lieu à des interprétations très différentes, si bien qu'il semble difficile de parvenir à une régulation uniforme des services de médias audiovisuels à la demande.

Les débats qui ont suivi les interventions de Mark D. Cole, Marcel Betzel et Roberto Viola ont montré en particulier qu'il était pratiquement impossible de s'accorder sur une définition commune des différents éléments constituant un « service de médias audiovisuels à la demande ». L'interprétation de certains critères, tels que la « responsabilité éditoriale » ou la « finalité principale » de la fourniture de contenus audiovisuels, varie considérablement entre les différents systèmes juridiques nationaux. En outre, il n'existe pas de consensus entre les États membres quant à l'étendue du champ d'application des dispositions nationales transposant la Directive SMAV, par exemple en ce qui concerne l'inclusion ou non des offres en ligne des journaux ou des magazines, ou encore le seuil à partir duquel un service devient « de nature économique ».

L'atelier a enfin permis d'éclairer sous trois perspectives différentes certaines opportunités et difficultés majeures qui résultent de la directive. Celles-ci ont été abordées sous l'angle des attentes des consommateurs, des acteurs économiques, et du législateur ou des autorités de régulation. Lors de l'évocation de la question centrale du meilleur mode possible d'autorégulation et de corégulation, il est apparu clairement que ces trois groupes d'intérêts étaient favorables, sur le principe, à un recours accru aux systèmes de ce type. Il est également apparu, toutefois, qu'ils nourrissaient aussi des attentes très différentes quant à la mise en place de ces dispositifs par des instances non étatiques ou sous l'égide de celles-ci. Les organismes de protection des consommateurs voient d'un œil critique les systèmes d'autorégulation pure, car un repli du secteur dans une forme de non-régulation risquerait d'entraîner un affaiblissement significatif des droits des utilisateurs. En face, la position des acteurs économiques du secteur est plutôt favorable aux approches de corégulation et/ou d'autorégulation, dans la mesure où elles permettent une réaction plus rapide et plus efficace aux évolutions technologiques. Le débat de clôture, en particulier, a permis d'évoquer les raisons pour lesquelles un système d'autorégulation transnational, voire paneuropéen, serait souhaitable, mais ne semble pas nécessairement réalisable, et en tout cas pas dans l'immédiat.

Le rôle de ceux qu'il convient d'appeler les intermédiaires a également fait l'objet de débats intenses. Malgré un large consensus sur le fait que cette catégorie d'acteurs du marché ne peut pas échapper complètement à une régulation, une partie des participants s'est toutefois clairement prononcée contre l'idée d'imposer à ces fournisseurs de services de trop lourdes obligations de contrôle et de surveillance des contenus accessibles sur leurs portails. Ces entreprises ne peuvent toutefois plus invoquer une

52) Le British Board of Film Classification (Bureau britannique de la classification des films, BBFC) est une instance d'autorégulation qui opère une classification par âge des DVD et des jeux vidéo. BBFC Online est le système dépendant du BBFC destiné à la classification par âge des contenus diffusés via les services de vidéo à la demande.

simple fonction d'intermédiaire, dès lors qu'elles interviennent dans le choix et l'organisation des contenus mis à disposition et que leur démarche est assimilable à une activité éditoriale. Plusieurs membres de l'assistance ont également réagi aux appels à une réglementation plus large des différents acteurs du marché, en invoquant le régime de responsabilité limité prévu par la directive sur le commerce électronique. Il est toutefois apparu clairement qu'il fallait envisager une modification des dispositions correspondantes de cette directive afin de les adapter au nouveau contexte technologique.

Ce panorama général a permis d'identifier d'importantes incertitudes en matière de régulation des services (de médias) audiovisuels à la demande. La question des solutions à leur apporter – notamment en vue d'atteindre un plus haut niveau d'harmonisation qui bénéficierait à la fois aux entreprises, aux utilisateurs et aux instances de régulation – a constitué en quelque sorte le « fil rouge » de bon nombre des réflexions présentées. Les outils réglementaires envisagés dans ce contexte consistent d'abord à élaborer dans le cadre européen des dispositions plus claires, c'est-à-dire moins susceptibles de faire l'objet d'interprétations divergentes au niveau des Etats, et à assurer une plus grande cohérence entre les différents textes juridiques présentant un intérêt pour les services audiovisuels à la demande. Plusieurs personnes ont appelé de leurs vœux une coopération accrue entre les instances de régulation, que ce soit au niveau national (lorsqu'il existe plusieurs instances compétentes) ou à travers les autorités de régulation des médias exerçant leurs activités au niveau européen. Un renforcement des efforts en faveur d'initiatives paneuropéennes de corégulation et d'autorégulation a également été jugé souhaitable. Le cas de la signalétique appliquée aux contenus médiatiques, par exemple à des fins de protection des mineurs, pour alerter sur la présence de contenus portant préjudice à l'épanouissement des jeunes, ou, inversement, pour recommander des programmes conçus pour les enfants, a permis d'explorer les résultats que pourraient potentiellement avoir ces efforts. Des réflexions comparables peuvent être formulées en matière de régulation des communications commerciales, par exemple en vue d'informer l'utilisateur de la présence de placement de produit.

S'agissant du rendez-vous (imminent) du 19 décembre 2011, date à laquelle la Commission, conformément à l'article 33 de la Directive SMAV, doit rendre son premier rapport relatif à l'application de la directive, il semble en tout cas évident que des sujets aussi nombreux que variés pourront être abordés en matière de (réglementation des) services audiovisuels à la demande.

Introduction à différents types de services audiovisuels à la demande

*Sebastian Artymiak**

Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT)

Après le premier changement amené par le passage de la radiodiffusion analogique à la radiodiffusion numérique, lequel a considérablement enrichi l'offre de services de médias et bouleversé les technologies de production, de distribution et de réception de ces services, nous assistons actuellement à une nouvelle mutation : l'apparition des appareils connectés à internet.

Mais que faut-il entendre par « appareils connectés à internet » ? Les téléviseurs sont généralement reliés à un réseau de radiodiffusion traditionnelle – câble, satellite ou terrestre, par exemple. Les terminaux actuels sont de surcroît connectés à internet par WiFi ou Ethernet. Un même appareil permet ainsi d'accéder à des contenus en ligne, en sus des programmes radiodiffusés. Les écrans plats peuvent eux-mêmes être connectés à internet ; ou encore, la connexion aux réseaux qui acheminent internet jusqu'aux foyers peut passer par un décodeur, un lecteur Blu-ray, une console de jeu ou tout autre équipement supplémentaire.

Nous aborderons dans la suite de cet article les différents moyens d'accéder aux services audiovisuels à la demande.

I. L'accès aux services audiovisuels par le réseau ouvert d'internet

Seul un nombre limité d'appareils ont accès au réseau ouvert d'internet sans aucune restriction. Ils permettent à l'utilisateur de saisir dans la barre d'adresse d'un navigateur intégré une adresse commençant par « www. » (et correspondant à l'URL d'une page web), en vue de consulter le site souhaité. En conséquence, l'utilisateur peut pour l'essentiel accéder à n'importe quel contenu internet au monde. Ce type d'accès « facile » est assez délicat à mettre en œuvre sur un appareil connecté, car il requiert l'utilisation d'un ensemble de technologies différentes.

La possibilité ou non d'accéder aux informations figurant sur une page web dépendra de la technologie (ou de la gamme de technologies) installée sur l'appareil connecté. Ainsi, il se peut qu'un utilisateur ne soit pas en mesure de visionner des images ou des vidéos si le constructeur n'a pas prévu la technologie nécessaire à l'affichage de contenus vidéo à base de technologie Flash. Certains services vidéo peuvent être inaccessibles pour d'autres raisons.

* Directeur du service « technologies des médias » du Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT – fédération allemande des organismes privés de radiodiffusion et de télécommunication).

Il n'existe actuellement que quelques appareils permettant aux utilisateurs d'avoir pleinement accès au réseau ouvert d'internet. La plupart des récepteurs de télévision commercialisés aujourd'hui ou attendus sur le marché dans les années à venir, ne permettent pas d'accéder sans restriction à tous les contenus en ligne.

II. Les applications dissociées

Dans le domaine des appareils connectés, on peut constater que les fabricants commencent à proposer des services de complément. Ces derniers sont appelés contenus « *over-the-top* » (OTT, littéralement « contenus supplémentaires »), car ils ajoutent aux contenus radiotélévisés des services additionnels, disponibles sur internet. Chaque fabricant possède sa propre offre d'applications (« applis ») disponibles en ligne et de services de vidéo à la demande (VoD), lesquels sont proposés à l'utilisateur de l'appareil par le biais du portail du fabricant (par exemple InfoLive pour Samsung ou Net TV pour Philips). Ces offres peuvent être qualifiées d'applications « dissociées » (ou « non liées »), car elles ne sont pas tributaires des contenus proposés par les chaînes à travers les réseaux de radiodiffusion traditionnels, et peuvent être consultées indépendamment des programmes diffusés à la télévision.

Les modules appelés « widgets » constituent une autre catégorie d'applications dissociées. Il s'agit d'applications spécifiques dotées d'une fonction de mise à jour autonome, de sorte que leur interface affiche automatiquement un ensemble d'informations disponibles (par exemple sur l'actualité des marchés boursiers ou sur la météo). Comme pour les services OTT, il n'y a, là non plus, aucun lien avec un quelconque contenu radiodiffusé.

Certains services se superposent au signal radiodiffusé. Les contenus proposés à travers ces applications sont alors visibles en sus des programmes radiodiffusés.

Ces widgets et applications proposés sur des portails modifient les modèles économiques préexistants, car ils introduisent une dimension « *business-to-business* » (ou B2B, c'est-à-dire d'entreprise à entreprise) là où, dans le « monde d'autrefois », il n'existait qu'un lien « *business-to-consumer* » (B2C) entre le fournisseur de contenus et le consommateur. Désormais, le fabricant du terminal occupe une position stratégique entre le fournisseur de contenus et le consommateur, car il contrôle le portail et a la possibilité de limiter le nombre d'applications qui peuvent être utilisées. Il exerce ce contrôle, entre autres, à travers des contrats de services qu'il conclut avec l'entité dont émane l'application (par exemple Flickr ou une boutique de VoD). En outre, le fabricant recueille des informations quant à la façon dont les consommateurs accèdent au portail et utilisent celui-ci ainsi que ses services annexes. Il s'agit là d'un phénomène nouveau, qui renforce plus encore la position du fabricant (lequel peut développer son activité sur la base de ces informations). Ceci explique les débats naissants sur les conséquences de ce nouveau rôle de « gardien » (en anglais, « *gatekeeper* ») des constructeurs.

III. Les applications liées

L'exemple classique, en matière d'applications liées (ou associées) dans le domaine de la radiodiffusion, est celui du télétexte. Il est en effet lié à un signal radiodiffusé ; lorsque l'utilisateur change de chaîne, l'offre de télétexte disponible change également. Le télétexte s'appuie sur une technologie vieille d'une trentaine d'années, et de nombreux efforts ont été déployés pour moderniser les moyens techniques qui permettent son utilisation.

En Allemagne et en France le « télétexte 2.0 » a fait son apparition sur la base de la norme HbbTV (*Hybrid Broadcast Broadband TV*) et prend la forme de pages chargées depuis internet. Le télétexte 2.0 est différent des autres applications et portails évoqués plus haut, car d'un point de vue technique, l'accès à la plateforme fournissant ce service est inséparable de la programmation particulière émise par le radiodiffuseur. L'utilisateur peut toutefois consulter des contenus et des vidéos (non radiodiffusés) à partir des bases de données du radiodiffuseur indépendamment de tout signal radiodiffusé. À l'aide de la technologie HbbTV, un signal diffusé sur le réseau de radiodiffusion (par câble ou par satellite) permet de savoir si des contenus supplémentaires sont ou non disponibles. Lorsque l'utilisateur appuie sur une touche donnée de sa télécommande, par exemple la touche « télétexte » ou la touche « web », les applications associées se lancent alors et leurs contenus s'affichent simultanément avec l'émission radiodiffusée. Ces contenus supplémentaires peuvent être des bibliothèques de vidéo à la demande

(*Mediatheken*), des guides électroniques de programmes (EPG), des publicités, des jeux ou des systèmes de vote (puisque la norme HbbTV, avec sa voie de retour, permet l'interactivité). On notera que ces médiathèques peuvent contenir des programmes de VoD payants.

De nouveaux modèles économiques sont en train de faire leur apparition. Ils s'attachent principalement à proposer de nouvelles possibilités d'intégrer des communications commerciales¹. Tout en visionnant un spot publicitaire dans un programme linéaire, l'utilisateur peut par exemple appuyer sur la touche rouge de sa télécommande lorsqu'un pictogramme donné apparaît à l'écran, afin de déclencher l'ouverture d'un « microsite » (ou d'un contenu publicitaire supplémentaire sous forme de pop-up) où il trouvera de plus amples informations sur le produit concerné. Une bibliothèque de vidéos à la demande peut comporter des publicités sous forme de vidéo, et des publicités ou des annonces de parrainage peuvent être diffusées avant le début des contenus vidéo proprement dits. Grâce à la norme HbbTV, l'utilisateur peut accéder à la bibliothèque de vidéos d'un radiodiffuseur, laquelle n'est pas mise à disposition en tant que bibliothèque indépendante proposée par un tiers, mais bien « liée » à la chaîne de télévision du radiodiffuseur. Ceci permet au radiodiffuseur de proposer ses propres services de VoD (payants).

D'autres nouveaux modèles économiques sont envisageables, tels que des publicités pour certains biens, même virtuels, des contenus et des services payants, des publicités supplémentaires dans les programmes, du placement de produit, des services de paris, etc.

IV. Google TV

Google TV est une plateforme fondée sur le moteur de recherche bien connu Google, destiné aux ordinateurs et aux terminaux mobiles. L'outil de recherche Google TV constitue une version plus développée des moteurs précédents, et permet la superposition d'un moteur de recherche combinée (ou méta-moteur de recherche) et d'un contenu radiodiffusé qui s'affiche à l'écran. L'internaute peut interagir avec Google TV comme avec le moteur de recherche Google. Le service recueille des contenus audiovisuels de différentes sources (y compris ceux qui nécessitent un paiement par l'utilisateur), ainsi que des informations relatives à l'objet de la recherche. L'utilisateur peut ainsi chercher sur internet des émissions originales et des vidéos en lien avec celles-ci, accéder à des informations sur des films, etc. Lancé en novembre 2010 à New York, ce service n'est toutefois pas encore opérationnel en Europe.

V. Apple TV

Apple TV est différent de Google TV, car il s'agit en substance d'un simple boîtier de streaming. L'utilisateur branche le boîtier sur son écran de télévision, le connecte à internet et peut alors effectuer une recherche sur iTunes. Moyennant paiement, il peut bénéficier de musique, de vidéos et de films à succès diffusés en streaming sur sa télévision. Le procédé ne prévoit pas le stockage en local des fichiers sur le boîtier, et ne comporte pas non plus de disque dur. Apple applique là un modèle économique très « simple » qui consiste à rendre iTunes accessible non seulement sur les ordinateurs et les iPhone, mais aussi sur les écrans plats.

VI. Les applications au sein de réseaux administrés

Les services et technologies présentés jusqu'ici (contenus sur le réseau ouvert d'internet, applications dissociées, applications liées et Google TV) ont pour point commun qu'on y accède à travers des réseaux internet ouverts. A l'inverse, il existe d'autres applications et services de VoD dans des réseaux dits intégrés et administrés. La télévision IP constitue un bon exemple de « réseau administré ». Ce type de réseau, également désigné par le terme anglais « *walled garden* », est caractérisé par le fait que (seuls) des contenus spécifiques y sont disponibles, déployés la plupart du temps par des opérateurs de télécommunications. Les applications et les services de VoD sont proposés au sein de ces réseaux

1) On trouvera une présentation des différentes formes de communications commerciales mentionnées ici sur : <http://www.ip-deutschland.de/ipd/basics/medialexikon.cfm> (en allemand).

administrés sous le contrôle de l'opérateur du réseau. Dans le cas des signaux dits « administrés », le service est exploité sur un réseau fermé, avec une approche de type « qualité de service » (QoS). Il se distingue donc du principe du service « au mieux » (« *best effort* ») qui prévaut (encore) et caractérise l'internet ouvert. Ici, chaque paquet de données a la possibilité de trouver le chemin le plus rapide de routeur en routeur, jusqu'à l'équipement terminal de l'utilisateur final. La stratégie des réseaux administrés suscite un débat sur la neutralité de l'internet².

L'opérateur de réseau influe fortement sur ce modèle économique : le réseau étant sous son contrôle, tout comme les appareils des utilisateurs finaux et les services proposés, nous sommes en présence d'un exemple d'intégration verticale.

VII. Conclusion

La fusion de la télévision et d'internet sur un même écran est l'une des tendances les plus marquantes de l'avenir des médias. Le marché des terminaux de télévision hybride devrait connaître une forte croissance au cours des mois et des années à venir. Cette vision veut que le téléviseur soit considéré, demain, comme un terminal « multifonctions », un appareil numérique polyvalent. Ceci offre de nouvelles opportunités aux utilisateurs, aux radiodiffuseurs, ainsi qu'aux fabricants.

Avec la norme HbbTV, les services de radiodiffusion télévisée pourront être juxtaposés à certains services internet, notamment ceux des médiathèques de radiodiffuseurs de service public, ainsi qu'à d'autres types d'informations qu'il sera possible de consulter tout en visionnant un programme de télévision.

Afin de garantir un accès non discriminatoire à cette nouvelle technologie, le HbbTV devra être acceptée par tous les fabricants comme la norme commune pour la télévision hybride. Il faudra veiller à ce que les chaînes les plus populaires soient disponibles à toute heure, indépendamment du constructeur de l'appareil utilisé ou de l'opérateur du portail concerné.

2) Pour de plus amples informations voir IRIS *plus* 2011-5, « Pourquoi débattre de la neutralité du net », Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2011

Le cadre juridique européen des services à la demande : Quelle directive pour quels services ?

*Mark D. Cole**
Université du Luxembourg

Face aux phénomènes de la convergence et du passage au numérique, mais aussi à l'émergence concomitante de nouveaux services de médias, les législateurs s'efforcent d'adopter des lois capables de suivre le rythme de ces évolutions rapides¹. Les services à la demande sont devenus une pratique de consommation courante. Ils semblent pourtant si multiformes et si difficiles à rattacher à un cadre commun, que plusieurs régimes réglementaires coexistent en parallèle.

La présente contribution s'attachera à mettre en lumière les différentes notions apparaissant dans plusieurs actes juridiques du droit dérivé de l'Union européenne. Plus précisément, elle étudiera en détail la définition et les caractéristiques des services de médias audiovisuels aux termes de la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV²), ainsi que la notion de service de la société de l'information qui figure dans la directive sur le commerce électronique³. Nous mettrons en exergue certaines dispositions potentiellement utiles, issues d'autres instruments juridiques, en vue d'identifier d'autres critères qui pourraient nous aider à délimiter la portée du cadre législatif européen. Nous examinerons enfin quelques exemples de nouveaux services de médias, afin d'évaluer la pertinence des différents éléments constitutifs d'un service à la demande que nous aurons précédemment identifiés.

* L'auteur est professeur de droit associé (droit des nouvelles technologies de l'information, droit des médias et de la communication) à l'université du Luxembourg depuis 2007. Il tient à remercier Jenny Metzdorf, LL.M., qui collabore avec lui dans le cadre du projet de recherche sur la Directive SMAV (www.medialaw.lu), pour son aide précieuse dans la préparation du présent article.

- 1) Au sujet des évolutions passées, voir Harrison/Woods, "Regulation and the viewer in a changing broadcasting environment", *European Broadcasting Law and Policy*, Cambridge University Press, 2007, p. 41 ; Ariño/Llorens, "Back to the Future: New Media, Same Principles? Convergence Regulation Re-visited", in Ward, *The European Union and the Culture Industries, Regulation and the Public Interest*, Ashgate Publishing, 2008, p.125.
- 2) 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 Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO n° L332 du 18 décembre 2007, p. 27, codifiée par la Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (Directive Services de médias audiovisuels), JO n° L95 du 15 mars 2010, p. 1, rectificatif publié au JO n° L 263 du 6 octobre 2010, p. 15.
- 3) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

I. Le cadre relatif aux services à la demande dans le droit dérivé de l'UE

1. La Directive Services de médias audiovisuels

1.1. L'article 1(1)(a)(i) de la Directive Services de médias audiovisuels

L'adoption de la Directive SMAV en 2007 a mis sur le devant de la scène un nouveau terme, défini en son article 1(1)(a)⁴. Cette disposition établit une distinction entre un concept novateur de service de médias audiovisuels, en son point (i), et les communications commerciales audiovisuelles, en son point (ii). Ainsi, un « service de médias audiovisuels », selon la première définition, désigne un service tel que défini par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui « relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias et dont l'objet principal est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques ». Cette définition fait état de plusieurs critères qui doivent être remplis simultanément, et chaque composante de la définition est précisée par ailleurs, soit par une disposition de la Directive SMAV, soit dans ses considérants. Ces derniers doivent toutefois être traités avec prudence, car ils ne font pas partie du dispositif même de l'acte juridique et ne sont pas directement contraignants. Dans les faits, bien qu'ils servent essentiellement à clarifier les raisons et les objectifs de telle ou telle formulation ou disposition, ils en sont presque venus à former, à travers leur application par les tribunaux et surtout par la Commission, un élément déterminant de la directive⁵ qu'il convient de lire conjointement avec le corps des dispositions. Il est frappant de constater que, lors de la transposition de la Directive SMAV dans leurs systèmes juridiques nationaux, certains Etats membres, notamment l'Italie, la France ou l'Estonie, ont invoqué ces considérants en les intégrant dans le texte définissant les services de médias audiovisuels au sein de leurs lois respectives⁶. En outre, de nombreux Etats membres ont repris la définition de la Directive SMAV presque mot pour mot dans leur législation relative aux médias, au lieu de l'adapter à leurs traditions juridiques ; ceci témoigne d'un certain niveau d'incertitude que les Etats membres ont choisi de résoudre par une transposition littérale, plutôt qu'en prenant le risque de faire l'objet de procédures d'infraction de la part de la Commission au titre de l'article 258 du TFUE, ou d'handicaper potentiellement les fournisseurs de services relevant de leur juridiction par comparaison avec les règles adoptées par d'autres Etats membres. En d'autres termes, les dispositions à la teneur incertaine qui vont être analysées ici pourraient être soumises à l'interprétation de la Cour de justice dans les années à venir. Puisque la plupart des Etats membres ont conservé une formulation proche de celle d'origine pour transposer la directive, du moins en ce qui concerne ces critères de définition, ces futures interprétations permettront sans doute de trancher les questions laissées en suspens par les dispositions adoptées dans l'ensemble des Etats membres.

Le premier élément de la définition est la notion de « service », laquelle doit être comprise à la lumière des articles 56 et 57 du TFUE. Un tel service est fourni contre rémunération et, dans le cas

4) Voir également Chavannes/Castendyk, "Art. 1 of the AVMSD (Definitions)", in Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, 2008, paragraphes 1 et suivants ; Kleist/Scheuer, "Audiovisuelle Mediendienste ohne Grenzen", *MMR*, 2006, p. 127 ; Stender-Vorwachs, "Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste, ‚Fernsehrichtlinie reloaded?‘", *ZUM*, 2007, p. 613 ; Schulz, "Medienkonvergenz light – Zur neuen Europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste", *EuZW*, 2008, p. 107 ; Valcke/Stevens/Lievens/Werkers, "Audiovisual Media Services in the EU, Next Generation Approach or Old Wine in New Barrels?", *Communications & Strategies*, 71, 2008, p. 103 ; Valcke/Kuczerawy/Lefever/Lievens/Stevens/Werkers, "The EU Regulatory Framework Applicable to Broadcasting", in Garzaniti/O'Regan, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet, EU Competition Law & Regulation*, Sweet & Maxwell, 2010, p. 263-330 ; Woods, "Jurisdiction in the Television without Frontiers Directive" in Ward (dir.) *The European Union and the Culture Industries, Regulation and the Public Interest*, Ashgate Publishing, 2008, p. 145 ; Ariño/Llorens, *op. cit.* (note 1), p. 125 ; Cole, "Audiovisuelle Mediendienste als neuer Schwerpunkt", in Fink/Cole/Keber, *Europäisches und Internationales Medienrecht*, C. F. Müller, 2008, paragraphes 81 et suivants ; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, *Rundfunkstaatsvertrag – Kommentar*, Huethig Jehle Rehm, 2010, chapitre B4, paragraphes 62 et suivants.

5) S'agissant de la Directive TSF, voir en ce sens CJCE, affaire C-6/98, *ARD c. Pro7*, Recueil 1999, p. I-7599, paragraphes 39-41 ; affaire C-89/04, *Mediakabel*, Recueil 2005, p. I-4895, paragraphe 23 ; affaire C-52/10, jugement du 9 juin 2011, *Eleftheri Tileorasi et Giannikos*, (non publié à ce jour au Recueil), paragraphes 25 et 35.

6) Dans le cadre de ce projet de recherche consacré à la Directive SMAV et commandé par la faculté de droit, d'économie et de finance de l'université du Luxembourg, toutes les mesures nationales de transposition ont fait l'objet d'une traduction en anglais qui peut être consultée sur www.medialaw.lu. Voir également les articles de Marcel Betzel et de Roberto Viola dans cette publication.

où il est mis en oeuvre sur le territoire d'un Etat membre autre que le pays du fournisseur d'origine, il se distingue de la notion d'établissement (article 49 du TFUE) par son caractère temporaire⁷. La deuxième phrase de l'article 57 du TFUE énumère quelques exemples d'activités constituant un service. Le point le plus important, que souligne le considérant 21 de la Directive SMAV en ce qui concerne les services de médias audiovisuels, est qu'il doit s'agir d'une activité économique, notion qui englobe la radiodiffusion de service public, même si le mandat de celle-ci n'est pas axé sur la recherche du profit. La définition exclut néanmoins les activités dont la vocation première n'est pas économique et, de façon surprenante, le considérant évoque également les activités qui n'entrent pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites web privés et les contenus créés par des utilisateurs privés sur les réseaux sociaux. On pourrait avoir le sentiment qu'il s'agit là d'exemples de « non concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle » choisis arbitrairement, mais l'objectif est évident : exclure les services qui, de par leur nature, ne semblent pas permettre l'application des normes réglementaires qui étaient précédemment employées vis-à-vis des contenus professionnels diffusés par les médias de masse. Le caractère audiovisuel du service, explicité par le considérant 23 de la Directive SMAV, se réfère aux « images animées, combinées ou non à du son ». En conséquence, les films muets relèvent du champ d'application de la Directive SMAV, mais pas la radio, en raison de l'absence d'images transmises ; ceci est également révélateur de l'intention de ces dispositions (bien qu'il s'agisse d'un considérant et non du dispositif même de la directive), par comparaison avec l'ancienne Directive Télévision sans frontières (Directive TSF)⁸. Les formats uniquement constitués de texte ne constituent des services de médias audiovisuels que s'ils accompagnent des programmes – en d'autres termes, ils ne sont pas considérés comme autonomes, mais liés au service principal. L'objectif de la Directive SMAV, comme le confirme son considérant 21, est d'englober les services de médias audiovisuels qui sont des médias de masse, c'est-à-dire destinés à une part importante, quoique indéfinie, du grand public, et ayant un impact évident sur celui-ci⁹. Ils doivent ainsi comporter un contenu spécifique (programmes destinés à « informer, divertir ou éduquer le grand public ») que nous allons délimiter ci-après en lien avec la définition du « programme » comme élément constitutif d'un service de médias audiovisuels. Il s'ensuit, comme l'indique le considérant 22 de la Directive SMAV, que toutes les formes de correspondance privée, de même que les jeux de hasard, les jeux en ligne (à condition qu'ils ne soient pas radiodiffusés) et les moteurs de recherche (au sens strict du terme « moteur¹⁰ ») ne sont pas réglementés par la Directive SMAV.

Dans le cadre de son régime de réglementation graduée¹¹, la Directive SMAV distingue deux types de services de médias audiovisuels : les services linéaires, c'est-à-dire la radiodiffusion télévisuelle telle que la définit l'article 1(1)(e) de la directive, et les services non linéaires, terme qui désigne les services à la demande, comme le dispose l'article 1(1)(g) de la directive¹². La définition de la radiodiffusion télévisuelle reprend l'idée d'une télévision traditionnelle en insistant sur la diffusion point-à-multipoint destinée au visionnage simultané, alors que les services non linéaires sont définis par des critères déjà utilisés dans la directive sur le commerce électronique, et qui soulignent que c'est l'utilisateur qui choisit le moment précis où il souhaite visionner un contenu donné (bien que ce dernier ait été sélectionné au préalable par le fournisseur de services pour figurer dans un catalogue de programmes). Dans la mesure où il est fourni à la demande de chaque personne, le service est reçu « activement » (*pull service*). Néanmoins, comme le précise le considérant 24 de la Directive SMAV, les services à la demande au sens de la directive sont « de type télévisuel », dans la mesure où ils s'adressent au même public que la télévision et sont en concurrence avec celle-ci. Cette définition, qui

7) CJCE, affaire 2/74, *Reyners c. Etat belge*, Recueil 1974, p. 631 ; affaire C-55/94, *Gebhard*, Recueil 1995, p. I-4165 ; affaire C-215/01, *Schnitzer*, Recueil 2003, p. I-4847.

8) Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JO n° L 298 du 17 octobre 1989, p. 23 ; modifiée ultérieurement par la Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997, JO n° L 202 du 30 juillet 1997, p. 70.

9) Dans l'affaire C-89/04, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media*, *op. cit.* (note 5), paragraphe 30, la Cour a précisé la définition de la notion de « grand public », qui n'implique pas nécessairement la fourniture d'une offre « gratuite », dès lors que les services sont « destinés au public, c'est-à-dire à un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels, auprès desquels les mêmes images sont simultanément transmises ».

10) Dans le même esprit, voir Chavannes/Castendyk, *op. cit.* (note 4), paragraphe 33.

11) Concernant le concept clé de « réglementation graduée », voir Valcke/Stevens, "Graduated regulation of 'regulatable' content and the European Audiovisual Media Services Directive, One small step for the industry and one giant leap for the legislator?" *Telematics and Informatics*, 2007, 24, p. 285.

12) Chavannes/Castendyk, *op. cit.* (note 4), paragraphes 85-94 sur la radiodiffusion télévisuelle (« television broadcasting ») et paragraphes 100-123 consacrés aux services de médias audiovisuels à la demande (« on-demand audiovisual media service »).

prend l'utilisateur comme point de départ, est poussée un cran plus loin dans la suite du considérant, qui dispose que, puisque ces services sont assimilés à la radiodiffusion télévisuelle, leurs utilisateurs peuvent normalement s'attendre à bénéficier d'une protection réglementaire identique à celle à laquelle les téléspectateurs étaient habitués. Il est certain que cette indication ne contribue pas à identifier ce que sont ces services « de type télévisuel », bien qu'elle ne constitue pas non plus un obstacle sérieux, dans la mesure où elle ne figure que dans les considérants. Dans un monde où les évolutions technologiques sont tellement rapides que même les experts ont du mal à déterminer si un service est ou non assimilable à un type de médias traditionnels, il n'est guère encourageant de constater que l'on s'appuie sur une catégorisation des services par les utilisateurs. Afin de répondre à cette préoccupation, le considérant 24 de la Directive SMAV indique que le terme de « programme », lequel, dans les programmes de radiodiffusion télévisuelle, désigne un élément précis de la grille proposée par le fournisseur de service (nous y reviendrons plus en détail ci-dessous), doit être interprété d'une façon dynamique. En conséquence, les contenus traditionnels reçus « passivement » (*push service*), dont la définition du terme « programme » fournit quelques exemples, peuvent être compris dans une acception très large. Ce point pourrait accroître à terme la quantité de services à la demande relevant de la Directive SMAV. Il est frappant de constater que lorsque le considérant 27 de la Directive SMAV énumère une liste d'exemples relevant de la radiodiffusion télévisuelle, il se réfère à la technologie utilisée (« la télévision analogique et numérique, la diffusion en flux, la télédiffusion sur le web et la quasi vidéo à la demande »). Selon ce même considérant, lorsqu'un service de médias audiovisuels comprend des éléments à la fois linéaires et non linéaires qui peuvent être clairement séparés (et ce point est déterminant), la Directive SMAV s'applique à chaque service concerné, conformément au principe de réglementation graduée. Toutefois, en l'absence de séparation claire, les règles applicables à la télévision l'emportent sur les règles moins strictes relatives aux services non linéaires. Enfin, le considérant 28 de la Directive SMAV exclut les versions électroniques des journaux et des magazines de la définition du concept de service de médias audiovisuels. Cette concession a été un élément clé dans l'élaboration de la directive, en vue de répondre aux préoccupations des éditeurs de journaux et de leurs organisations représentatives, lesquels ne souhaitaient pas se retrouver englobés « du jour au lendemain » dans une réglementation qui ne concernait pas la presse papier traditionnelle. Cependant, ce considérant ne contribue guère à clarifier les choses, car il est impossible de déterminer combien d'exemples de « presse électronique » sont à ce jour concernés à un degré ou à un autre par cette exclusion¹³.

La deuxième composante de la définition fournie par l'article 1(1)(a)(i) de la Directive SMAV fait référence à la responsabilité éditoriale¹⁴. Cette notion, qui est définie plus avant dans l'article 1(1)(c) de la directive, vient du terme « éditeur », lequel désigne dans le contexte de la Directive SMAV un fournisseur de services de médias audiovisuels. Selon le considérant 26 de la directive, les personnes physiques ou morales qui se contentent de *diffuser* des programmes ne sont pas considérées comme des fournisseurs de services audiovisuels, du fait que la responsabilité éditoriale incombe à des tiers. L'article 1(1)(c) de la Directive SMAV indique qu'un contrôle effectif doit être exercé sur la sélection des programmes et sur l'organisation de ceux-ci, soit dans une grille chronologique, soit dans un catalogue, qui constitue alors le service. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a précisé dans l'affaire *Google France et Google*¹⁵ qu'un fournisseur de services de la société de l'information ne pouvait être tenu pour responsable d'un contenu illicite tant qu'il n'était pas au courant de son caractère illicite¹⁶. Même s'il s'agissait en l'occurrence de définir l'étendue de la responsabilité des fournisseurs au titre de la directive sur le commerce électronique, la notion de « contrôle » englobe au minimum, par analogie, le fait de savoir comment un programme est structuré et organisé, et la possibilité de peser sur ces deux

13) Les véritables « journaux électroniques », c'est-à-dire les versions en ligne des journaux papier (par exemple au format .pdf), sont bien entendu concernés, mais la réalité des sites web de journaux est aujourd'hui tout autre, en raison de la présence d'éléments audiovisuels. Pour déterminer si un service entre ou non dans le champ d'application de la directive, il est impossible de s'appuyer sur l'identité du fournisseur de service, que celui-ci soit ou non un éditeur traditionnel. Autre problème dans ce contexte : la signification de la notion de « finalité principale » pour les éléments audiovisuels contenus dans le service. Voir ci-après et Schulz, "Die Richtlinie über Audiovisuelle Mediendienste als Kern europäischer Medienpolitik", in Klumpp/Kubicek/Roßnagel/Schulz, *Netzwerk – Wege, Werte, Wandel*, Springer, 2010, p. 269, 275 et suivantes.

14) Voir également Schulz/Heilmann, « Définition du concept de « responsabilité éditoriale » », in Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), *La responsabilité éditoriale*, IRIS Spécial, 2008, p. 11.

15) CJUE, affaire C-236-238/08, *Google France et Google*, jugement du 23 mars 2010 (pas encore publié au Recueil).

16) CJUE, affaire C-236-238/08, *Google France*, op. cit., (note 15), paragraphe 109 ; voir Fitzner, „Fortbestehende Rechtsunsicherheit bei der Haftung von Host-Providern Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung nach TMG und der aktuellen Rechtsprechung“, *MMR*, 2011, p. 85 et suivantes.

éléments¹⁷. Certains proposent par ailleurs de considérer la « détention des droits de radiodiffusion » par les fournisseurs de services comme le critère essentiel définissant le contrôle effectif, car alors – et alors seulement – le fournisseur est en mesure d'offrir plus qu'une simple transmission technique des programmes¹⁸. En règle générale, sur ce point, la Directive SMAV s'entend sans préjudice des régimes nationaux de responsabilité existants, ou de ceux mis en place par la directive sur le commerce électronique (voir le considérant 25 de la Directive SMAV). C'est la raison pour laquelle le critère de responsabilité à lui seul ne permet pas de trancher définitivement la question de la responsabilité au sens de la Directive SMAV. Par ailleurs, selon ce même considérant 25, la directive laisse expressément aux Etats membres une marge d'appréciation pour la mise en œuvre de cette notion (qui est toutefois caractérisée d'« essentielle ») dans leurs systèmes juridiques nationaux¹⁹. Cette liberté accordée aux Etats membres ne doit cependant pas conduire à des disparités importantes qui mettraient en péril l'application uniforme du droit de l'Union européenne²⁰.

Aux termes de l'article 1(1)(a)(i), le troisième critère caractérisant un service de médias audiovisuels est l'objet principal (mais pas forcément « unique ») du service, qui doit être la prestation de programmes. L'objet général d'un programme, dans ce sens, est « d'informer, de divertir ou d'éduquer » le grand public. Ce critère est précisé dans l'article 1(1)(b) de la Directive SMAV qui considère qu'un programme constitue « un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue ». En somme, sa forme et son contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle, dans laquelle le programme constitue un élément spécifique de la grille quotidienne (un film ou une émission d'actualité, par exemple), diffusé à un moment donné. Alors que les exemples illustrant certaines définitions évoquées ci-dessus se trouvent plutôt dans les considérants, ici c'est l'article lui-même qui énumère une liste d'exemples de ce qui constitue un « programme », soulignant ainsi le besoin de clarté en la matière. Si l'on étudie de près cette liste, toutefois, il semble évident que ces exemples limitent l'extension potentielle du champ d'application de la Directive SMAV, car il s'agit dans tous les cas de formats télévisés traditionnels. En outre, le sens des termes « film long métrage, [...] manifestation sportive, [...] comédie de situation, [...] documentaire, [...] programmes pour enfants ou [...] fiction originale », qui figurent dans l'article 1(1)(b) de la Directive SMAV, n'est pas clair parce que l'utilisation courante de clips vidéo amateurs, par exemple sur des sites tels que YouTube, et l'intégration de ces mêmes clips dans certains formats télévisés, pourraient modifier la compréhension généralement admise de certains de ces exemples. En outre, si l'on admet que la « finalité principale » d'un service de médias est la fourniture de programmes (comme on peut également le déduire du considérant 22), il y a lieu d'exclure les services qui ne comportent des éléments audiovisuels qu'à titre accessoire. Cette restriction, cependant, ne semble concerner que des usages marginaux de ces éléments, qui consistent principalement à intégrer ces derniers dans des publicités animées ou d'autres composantes comparables du service. Compte tenu de l'existence de services utilisant à titre principal des contenus textuels, mais complétés par une quantité substantielle d'images animées (même sans son), cette interprétation laisserait la possibilité d'appliquer la Directive SMAV, laquelle serait particulièrement pertinente pour les sites web des titres de la presse papier.

Le quatrième et dernier critère permettant d'identifier un service de médias audiovisuels aux termes de l'alinéa (1) évoque l'aspect technique de sa transmission « par des réseaux de communications électroniques ». La Directive SMAV²¹ ne propose pas de définition distincte de ces réseaux dans son article 1, ce qui en fait l'élément le plus facile à analyser. Elle fait référence à l'article 2, point a), de la Directive-cadre 2002/21/CE, lequel énumère trois aspects : d'abord, les « systèmes de transmission », ensuite, la « transmission de signaux », et enfin la mention « quel que soit le type d'information

17) Pour une explication plus détaillée des termes « sélection » et « organisation », voir Schulz/Heilmann, *op. cit.*, (note. 14), p. 17-23.

18) Chavannes/Castendyk, *op. cit.* (note 4), paragraphe 68 ; Schulz/Heilmann, *op. cit.* (note 14), p. 16.

19) On retrouve cette idée que les Etats membres sont les mieux placés pour compléter cette définition dans CJUE, affaire C-236-238/08, *Google France*, paragraphe 119. Voir également Schulz/Heilmann, *op. cit.* (note 14), p. 14.

20) Schulz/Heilmann suggèrent par conséquent que la notion de « responsabilité éditoriale » fasse l'objet d'une harmonisation complète par le droit de l'UE, *op. cit.* (note 14), p. 15.

21) Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), JO n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33 (dans sa version modifiée par la Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les Directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, JO n° L 337 du 18 décembre 2009, p. 37).

transmise ». La présence de cette dernière proposition au sein de la définition est l'expression d'une conception neutre d'un point de vue technologique, qui sous-tend la philosophie réglementaire dans ce secteur²². Étant donné que les services concernés doivent avoir un impact « de média de masse », le considérant 39 précise que l'accessibilité du grand public passe par une utilisation suffisamment répandue d'« équipements grand public standard », même si la définition exacte de ce qu'il convient d'entendre par ces termes est laissée à l'appréciation des autorités nationales.

1.2. L'article 1(1)(a)(ii) de la Directive Services de médias audiovisuels

Outre les services linéaires et non linéaires, l'article 1(1)(a) de la Directive SMAV évoque une « troisième catégorie de 'services de médias autres'²³ » dans son deuxième alinéa, lequel indique que les communications commerciales audiovisuelles sont en réalité des services de médias audiovisuels. Indépendamment du terme « audiovisuel », qui est présent dans les deux expressions et désigne essentiellement des images « combinées ou non à du son », la notion de communication commerciale est définie plus précisément dans l'article 1(1)(h) de la Directive SMAV comme étant conçue « pour promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique ». Par ailleurs, ces images accompagnent un programme ou y sont insérées « moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion²⁴ ». Comme la définition de la notion de programme dans l'article 1(1)(b) de la Directive SMAV, celle des communications commerciales audiovisuelles comporte une liste d'exemples, où figurent notamment « publicité télévisée, parrainage, téléachat et placement de produit » ; seul le dernier élément de cette énumération constitue une nouveauté. Le terme « notamment » indique que la liste n'est pas exhaustive et témoigne d'une attitude tournée vers l'avenir, tenant compte des nouvelles techniques publicitaires. Le considérant 22 de la Directive SMAV dispose en outre que les « brefs spots publicitaires », ou les spots de même nature diffusés sur les sites web dont la finalité principale²⁵ n'est pas la fourniture de programmes, ne constituent pas des communications commerciales audiovisuelles au sens susmentionné.

En résumé, l'article 1(1)(a) de la Directive SMAV énonce une définition large qui semble englober différents « services de médias ». Un examen plus détaillé de cette notion révèle que l'application de ce terme suppose certains critères stricts, lesquels restent pour la plupart plutôt vagues, malgré les tentatives entreprises pour clarifier leur signification dans les considérants ou dans les autres définitions prévues par l'article 1(1) de la Directive SMAV. En conséquence, l'application de cette notion à de nombreux « nouveaux » services ne s'avère pas concluante, comme nous le verrons plus loin, car ces critères, qui doivent être satisfaits simultanément, ne sont pas tous remplis.

2. La directive sur le commerce électronique

La deuxième référence en matière de classification des services à la demande est la directive sur le commerce électronique, laquelle repose, dans son article 2(a), sur la notion de « services de la société de l'information » telle que la définit l'article 1(2) de la Directive 98/34/CE²⁶. Cinq critères cumulatifs peuvent être identifiés, qui figurent également dans le considérant 17 de la directive sur le commerce électronique. Le premier évoque un service fourni contre rémunération. Cet aspect n'étant pas précisé plus avant dans la directive, le raisonnement développé ci-avant au point 1.1 et découlant des articles 56 et 57 du TFUE peut s'appliquer. Dans ce contexte, le considérant 18 de la directive sur le commerce électronique mérite d'être mentionné, car il énumère des exemples qui visent à couvrir

22) Valcke/Kuczerawy/Lefever/Lievens/Stevens/Werkers, "The EU Regulatory Framework Applicable to Broadcasting", *op. cit.* (note 4), paragraphe 2-036.

23) Van Eijk, "Scope of application of the modernized Directive", in *Ein neuer Rechtsrahmen für die audiovisuellen Medien*, EMR Schriftenreihe, 36, 2007, p. 22.

24) Bien que la rémunération ne soit là qu'un élément caractéristique, et non constitutif, ce que l'on peut déduire de CJUE, affaire C-52/10, arrêt du 9 juin 2011, *Eleftheri Tileorasi et Giannikos* (pas encore publié au Recueil).

25) Pour plus de détails sur la notion de « finalité principale », voir Valcke/Kuczerawy/Lefever/Lievens/Stevens/Werkers, *op. cit.* (note 4), paragraphe 2-032.

26) Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JO n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 37 (modifiée ultérieurement par la Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998, JO n° L 217 du 5 août 1998, p. 18, et la Directive 2006/96/CE du Conseil du 20 novembre 2006, JO n° L 363, p. 81).

l'ensemble des activités économiques concernées. Figurent ainsi dans le champ d'application de la directive non seulement des activités commerciales en ligne, mais aussi les activités fournies sans rémunération directe, comme les portails d'information. Toutefois, la radiodiffusion télévisée est explicitement exclue, au vu de la Directive TSF en vigueur à l'époque de l'adoption de la directive sur le commerce électronique, tandis que la vidéo à la demande et les communications commerciales, elles, sont englobées dans le concept²⁷. Ceci témoigne de l'ambiguïté du cadre global relatif aux services à la demande, et laisse supposer que deux régimes juridiques autrefois distincts pourraient aujourd'hui s'appliquer parallèlement.

En deuxième lieu, le service est fourni « à distance », ce qui signifie, conformément au premier tiret de l'article 1(2) de la Directive 98/34/CE, que les deux parties ne sont pas simultanément présentes pour recevoir ou fournir, selon le cas, le service. Troisièmement, le service est transmis « par voie électronique » et emploie des « équipements électroniques de traitement [...] et de stockage de données ». Quatrièmement, comme dans le cas des services de médias audiovisuels à la demande, un service de la société de l'information est reçu « à la demande individuelle » de son destinataire. On peut dégager en complément un cinquième critère, selon que le service figure ou non dans la liste des exclusions expresses du champ d'application de la directive. Parmi les exemples de services exclus, l'annexe V de la directive cite la radiodiffusion télévisée, au sens défini alors par la Directive TSF. Par ailleurs, si l'on en croit l'article 1(5)(d) de la directive sur le commerce électronique, en lien avec son considérant 16, les activités de jeu en ligne (exception faite des concours promotionnels et des jeux poursuivant un objectif comparable) ne constituent pas des services de la société de l'information. Enfin, l'article 2(b) de la directive sur le commerce électronique propose une définition d'un fournisseur de services (« prestataire ») et l'article 2(f) définit les communications commerciales. Ces définitions rejoignent celles qui figurent dans la Directive SMAV.

D'une manière générale, on peut souligner que les nombreuses références à la Directive TSF, dans les considérants de la directive sur le commerce électronique et dans son dispositif même, montrent que le législateur de l'UE a tenté de séparer nettement le champ d'application de ces deux textes sous la forme d'une liste négative. A l'époque de l'élaboration de la directive sur le commerce électronique, ce dispositif fonctionnait bien. Aujourd'hui, il est devenu plus difficile de tracer une ligne claire entre ces deux séries de directives, notamment parce que de nombreux services récents peuvent facilement satisfaire aux critères de la directive sur le commerce électronique, sans pour autant satisfaire à ceux de la Directive SMAV, même s'ils comportent des éléments audiovisuels. La réglementation des nouveaux services peut relever de ces deux régimes et un principe de *lex specialis* s'applique à la plupart des services, les inscrivant soit dans le champ plus étroit de la Directive SMAV (ce qui oblige à tenir compte de ses dispositions de fond plus détaillées), soit, au minimum, dans les règles générales de la directive sur le commerce électronique. Pour offrir une sécurité juridique à toutes les parties prenantes, il est par conséquent souhaitable de pouvoir déterminer si la Directive SMAV s'applique ou non.

3. Autres instruments législatifs pertinents

Afin de compléter notre aperçu, nous allons à présent étudier plusieurs autres instruments législatifs dérivés de l'Union européenne, toujours dans la perspective d'y trouver d'autres indications qui nous permettront de classer les services à la demande. Plusieurs considérants parmi les directives du « paquet Télécom » de 2002, qui établit un cadre réglementaire pour les réseaux et les services

27) Les autres exemples figurant dans le considérant s'inspirent manifestement de ce qui existait sur le marché à la fin des années 1990, mais ceci ne limite en rien le caractère ouvert de la définition, qui reste applicable aux nouveaux services mis au point depuis cette époque.

de communications électroniques, évoquent les services à la demande²⁸. Ces références visent à délimiter le champ d'application de ces directives par opposition à celui de l'ancienne Directive TSF. En outre, le considérant 45 de la Directive « service universel²⁹ » exclut de ce cadre réglementaire les services fournissant un contenu, tels qu'une offre de vente de contenus de radiodiffusion sonore ou de télévision. Ces directives reflètent donc la prise de conscience par le législateur de l'UE de la tendance générale à une « convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information³⁰ », tout en souscrivant dans le même temps à l'idée d'une réglementation distincte des réseaux et des contenus, idée qui n'a pas disparu avec la révision de la Directive TSF en 2007 et la modification du « Paquet Télécom » en 2009. Les dispositions du « paquet » ne permettent pas de déterminer de quel régime juridique relèvent les différents services à la demande fournissant un contenu.

De la même façon, la communication de la Commission sur les services publics de radiodiffusion³¹ souligne elle aussi le phénomène de la convergence en son cinquième paragraphe, dans lequel elle emploie les termes « services audiovisuels ». La Commission motive la révision de la communication de 2001 en invoquant les profonds bouleversements technologiques qui ont conduit à l'apparition d'une multitude de plateformes et de technologies de distribution, ainsi qu'à « l'émergence de nouveaux services de médias³² ». En conséquence, du point de vue de l'utilisateur, il devient plus difficile de distinguer entre les services à la demande et les services diffusés par le biais de plateformes de distribution³³. Un glissement progressif s'est également opéré au niveau du rôle du consommateur, lequel est devenu plus actif dans la production et le contrôle des contenus³⁴. Ceci a une incidence sur la mission des radiodiffuseurs de service public, mais une incidence acceptable du point de vue du droit de la concurrence, selon la communication ; la différence de terminologie (« services audiovisuels ») s'expliquant par le fait que cette dernière concerne également la radio, ainsi que d'autres services non télévisés. Cependant, le texte ne fournit aucun critère de différenciation supplémentaire.

Les références figurant dans la sixième directive du Conseil relative à un système commun de taxe sur la valeur ajoutée (« directive TVA ») dessinent un contexte légèrement différent, quoique moins en vue³⁵. Les termes qui y figurent servent des fins fiscales, puisqu'il s'agit de définir les opérations

28) Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), JO n° L 108 du 24 avril 2002, p. 7 ; Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »), JO n° L 108 du 24 avril 2002, p. 21 ; Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (« directive-cadre »), JO n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33 ; 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 n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51 ; Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »), JO n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37. Les Directives 2002/21/CE, 2002/19/CE et 2002/20/CE ont été modifiées par la Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, JO n° L 337 du 18 décembre 2009, p. 37 ; les Directives 2002/22/CE et 2002/58/CE ont été modifiées par la Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, JO n° L 337 du 18 décembre 2009, p. 1. Les changements introduits par ces amendements n'ont aucune incidence ici (voir aussi les considérants 2 et 10 de la Directive 2002/19/CE, le considérant 20 de la Directive 2002/20/CE, les considérants 5, 9, 10 et 31 de la Directive 2002/21/CE, les considérants 43-45 de la Directive 2002/22/CE, ainsi que le considérant 16 de la Directive 2002/58).

29) Directive 2002/22/CE, voir Roßnagel/Kleist/Scheuer, „Die Reform der Regulierung elektronischer Medien in Europa“, *Schriftenreihe Medienforschung der Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen*, 2007, p. 72.

30) Directive-cadre 2002/21/CE, considérant 5.

31) Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO n° C 257 du 27 octobre 2009, p. 1.

32) Communication sur les services publics de radiodiffusion, paragraphe 5.

33) Roßnagel/Kleist/Scheuer, *op. cit.* (note 29), p. 71.

34) Concernant l'évolution du rôle du spectateur, voir Helberger, « Le changement de rôle de l'utilisateur dans la Directive "Télévision sans frontières" », in Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), *Les aspects juridiques de la vidéo à la demande*, IRIS Spécial, 2007, p. 77 ; Helberger, "From eyeball to creator – toying with audience empowerment in the Audiovisual Media Services Directive", 19 [2008] *Entertainment Law Review*, vol. 6, p. 128.

35) Sixième Directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme, JO n° L 145 du 13 juin 1977, p. 1 ; disponible dans sa version consolidée du 1^{er} janvier 2006 sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1977L0388:20060101:FR:PDF> ; voir aussi Roßnagel/Kleist/Scheuer, *op. cit.* (note 29), p. 59-61.

soumises à TVA et le lieu de prestation des services³⁶. La définition du terme « télécommunications » dans le dixième tiret de l'article 9(2)(e) de la directive TVA n'est pas sans rappeler la notion de « réseaux de communications électroniques » qui figure à l'article 2(a) de la directive-cadre³⁷, mais la terminologie employée est différente, puisqu'il y est question « d'accès aux réseaux d'information mondiaux ». Le onzième tiret du même article évoque les « services de radiodiffusion et de télévision », sans préciser davantage la signification de ces termes. La directive TVA s'appuie ainsi sur la distinction traditionnelle entre télécommunications (transmission de signaux) et la radiodiffusion télévisuelle (fourniture de contenu).

Les deux recommandations relatives à la protection des mineurs et de la dignité humaine en lien avec la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information offrent un point de repère supplémentaire³⁸. Elles complètent la Directive SMAV, puisqu'elles concernent les « services audiovisuels et d'information en ligne³⁹ ». La seconde recommandation de 2006 qui vient s'ajouter à celle de 1998 (mais sans la remplacer) couvre le même champ d'application, bien que celui-ci soit désormais explicitement étendu afin d'englober les services sur réseaux mobiles (considérant 19). Ceci témoigne certes d'un effort de prise en compte des évolutions récentes, en vue de la Directive SMAV adoptée par la suite; toutefois, aucune de ces deux recommandations ne fournit de critères supplémentaires.

En résumé, le champ d'application des différents textes du droit dérivé de l'Union européenne est difficile à déterminer avec exactitude et précision. L'approche neutre d'un point de vue technologique (que l'on appelle désormais plus justement « approche indépendante de la plateforme utilisée ») constitue un élément récurrent ; elle suppose que la réglementation d'un service donné ne soit pas tributaire des moyens technologiques mis en œuvre pour le transmettre du fournisseur au destinataire final. Du fait de la convergence des médias, de nouveaux services peuvent se trouver à la croisée de plusieurs régimes juridiques, sans qu'il soit toujours possible de l'éviter. L'article 4(8) de la Directive SMAV prévoit en conséquence une règle en cas de conflit qui donne la primauté à la Directive SMAV. Au-delà de cela, il est évident que le législateur européen n'a pas souhaité fixer exactement la portée du champ d'application de ces différents actes, afin de leur conserver une marge d'évolution. Il incombera à la Cour de justice, le moment venu, de donner son interprétation de la portée de ces règles sur la base de cas concrets.

4. Jurisprudence ou (plutôt) absence de jurisprudence pertinente

Au vu du contexte exposé précédemment, on pourrait s'attendre à ce que les tribunaux européens aient eu à connaître d'un grand nombre d'affaires relatives à des problèmes de champ d'application. A ce jour, pourtant, une seule affaire concernant des services à la demande semble pleinement correspondre au thème qui nous intéresse – même si de nouveaux cas devaient se présenter dans les années à venir, comme en matière d'interprétation des règles sur la publicité. L'affaire *Mediakabel*⁴⁰ peut tout de même fournir quelques éléments, bien qu'elle ait été jugée avant l'adoption de la Directive SMAV. Elle concernait un service néerlandais de paiement à la séance (*pay-per-view*) intitulé « Filmtime », lequel présentait simultanément des caractéristiques l'apparentant à une émission de télévision et des éléments caractéristiques d'un service de la société de l'information. La CJCE, appliquant la Directive TSF, a opéré une distinction entre services de vidéo à la demande et de quasi vidéo à la demande⁴¹. Ceci l'a amenée à considérer la quasi vidéo à la demande comme assimilable à une émission de télévision, et à appliquer par conséquence la Directive TSF au service « Filmtime », dans la mesure où la liste de

36) *Ibid.*, p. 61.

37) Directive 2002/21, *op. cit.* (note 28).

38) 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 n° L270 du 7 octobre 1998, p. 48 ; Recommandation 2006/952/CE du Parlement européen et du Conseil 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 n° L 378 du 27 décembre 2006, p. 72. Voir notamment les considérants 5 et 6 de la recommandation 98/560/CE, ainsi que le considérant 19 et l'article I.2 de la recommandation 2006/952/CE.

39) Recommandation 2006/952/CE, considérant 19.

40) CJCE, affaire C-89/04, *Mediakabel BV c. Commissariaat voor de Media*, *op. cit.* (note 5).

41) *Ibid.*, paragraphes 18-19 et 30 ; voir également Gersdorf, "Medienrechtliche Einordnung des NVOD", *K&R*, 2010, p. 375.

films proposés était déterminée par le fournisseur de services et mise à disposition selon une grille prédéfinie, sans que l'utilisateur puisse influencer sur cette dernière ou la modifier. Le code personnel que recevait chaque utilisateur de « Filmtime » ne constituait, de l'avis de la CJCE, qu'un simple « moyen de décryptage » d'images transmises simultanément à tous les abonnés, et le service ne pouvait être considéré comme « accessible sur demande individuelle⁴² ». La nature du service a ainsi été déterminée « du point de vue du fournisseur⁴³ ».

Dans le cadre juridique créé par la Directive SMAV, aucune affaire n'a à ce jour donné à la CJCE l'occasion de délimiter le champ d'application de la directive. Elle a jugé irrecevable (sans surprise, au vu des circonstances de l'espèce) une récente demande de décision préjudicielle sur la question de l'interprétation des termes « responsabilité éditoriale »⁴⁴. L'affaire concernait le Conseil supérieur de l'audiovisuel de la Communauté française de Belgique, et portait sur la question de savoir à quelle entreprise incombait la responsabilité éditoriale d'une émission radiodiffusée, dans la mesure où ce point jouait un rôle dans la question de la compétence juridictionnelle. La CJCE a jugé, à juste titre, l'affaire irrecevable, estimant que l'instance de renvoi en matière de médias ne possédait pas le caractère d'une cour ou d'un tribunal aux fins de l'article 267 du TFUE. Elle n'a donc pas précisé la notion de « responsabilité éditoriale ».

L'affaire en instance *Scarlet Extended*⁴⁵, bien qu'elle porte essentiellement sur les droits de la propriété intellectuelle, pourrait nous renseigner indirectement sur le sujet qui nous intéresse. La question à laquelle doit répondre la Cour concerne l'obligation imposée à un fournisseur de services d'employer un système de filtrage de toutes les communications électroniques de ses clients, afin d'identifier, entre autres, les « œuvres audiovisuelles⁴⁶ ». Dans les conclusions qu'il a récemment rendues, l'avocat général a estimé qu'un tel système de filtrage global ne pouvait être instauré, car il allait à l'encontre du droit fondamental à la liberté d'expression⁴⁷. L'emploi du terme « audiovisuel », bien qu'il serve à caractériser un type d' « œuvre », pourrait permettre à la CJCE de se prononcer plus avant sur la terminologie, ainsi que sur la question de la responsabilité ou des obligations des fournisseurs de services ; ces interprétations pourraient ensuite, dans une certaine mesure, être transposables à la Directive SMAV.

II. Exemples concrets de services à la demande

Les nouveaux services de médias tels qu'Apple TV, Google TV ou Yahoo! Connected TV⁴⁸, bien qu'en pleine expansion, ne sont pas encore pleinement arrivés à maturité (du moins clairement pas en Europe), et sont encore loin de pouvoir remplacer la radiodiffusion traditionnelle⁴⁹. Moyennant la résolution des problèmes techniques et surtout juridiques qui se posent aujourd'hui (questions liées aux droits de la propriété intellectuelle, par exemple), le standard HbbTV (Hybrid Broadcast Broadband TV), plus couramment appelé « télévision connectée », pourrait bien cependant conquérir les marchés audiovisuels et les salons des consommateurs. Le point commun entre ces nouveaux services de médias est l'association de la télévision et d'internet. Cette configuration donne naissance à un service hybride, qui vaut plus que la somme de ses parties, dans la mesure où il crée des « connexions intelligentes » dans un réseau illimité de discussions et de liens⁵⁰. Le spectateur peut profiter des services de télévision diffusés sur des chaînes du monde entier, tout en explorant le web au moyen d'un moteur de recherche

42) CJCE, affaire C-89/04, *Mediakabel*, *op. cit.* (note 5), paragraphe 38.

43) Van Eijk, "Scope of application of the modernized Directive", *op. cit.* (note 23), p. 21.

44) CJUE, affaire C-517/09, *RTL Belgium SA*, arrêt du 22 décembre 2010, notamment les paragraphes 18, 26 et 42-44.

45) CJUE, affaire en instance C-70/10 *Scarlet Extended SA c. SABAM*, JO n° C 113 du 1^{er} mai 2010, p. 20 ; voir également les conclusions rendues par l'avocat général Pedro Cruz Villalón le 14 avril 2011 dans l'affaire C-70/10 *Scarlet Extended SA c. SABAM*.

46) *Ibid.*

47) *Ibid.*, paragraphes 111-115.

48) Voir les présentations fournies par les sociétés sur : <http://www.apple.com/appletv/> et <http://www.google.com/tv/> ou <http://www.youtube.com/watch?v=diTpeYoqAhc> (Google TV) et http://www.youtube.com/watch?feature=mfu_in_order&playnext=1&v=szE3lB30k3Y&list=TLVzjLDM5EBhI (Yahoo Connected TV) ; voir également, plus généralement, l'aperçu donné par l'article de Sebastian Artymiak dans la présente publication.

49) Pour d'autres exemples tels que le webcasting (transmission sur le web) ou les contenus créés par les utilisateurs et leur classification, voir Chavannes/Castendyk, *op. cit.* (note 4), paragraphes 117-123.

50) Voir également Wagner, "Hybrides Fernsehen und das Europäische Medienrecht", in Kleist/Roßnagel/Scheuer, *Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog*, Festschrift aus Anlass des 20-jährigen Bestehens des Instituts für Europäisches Medienrecht e.V. (EMR), 40, 2010, p. 325.

pour y naviguer. En outre, les téléphones mobiles des utilisateurs pourraient encore évoluer pour s'apparenter à des télécommandes. Les services annoncés ou existant à ce jour bénéficient en outre de plusieurs applications prédéfinies qui élargissent leurs possibilités d'utilisation, et bon nombre de ces services incitent leurs utilisateurs à créer leurs propres contenus pour les mettre à la disposition de tous sur leur plateforme⁵¹. Chaque utilisateur personnalise donc son écran d'accueil en fonction de ses besoins et de ses centres d'intérêts, si bien qu'on s'éloignera à l'avenir de plus en plus de la notion d'un écran identique dans tous les salons, y compris lorsque la même chaîne de télévision sera allumée.

Ces services hybrides et connectés forment une nouvelle génération de services de médias difficiles à appréhender en termes juridiques. Les sites web des radiodiffuseurs télévisuels qui proposent de la diffusion en simulcast ou des programmes de télévision de rattrapage satisfont sans aucun doute aux critères de la Directive SMAV, puisqu'ils constituent des services audiovisuels soumis à une responsabilité éditoriale, dont l'objet est la fourniture de programmes ayant un contenu spécifique, et qui font appel aux réseaux de communications électroniques ; mais la situation est différente pour ces nouveaux services⁵². Le matériel nécessaire, en l'occurrence un décodeur, est de plus en plus souvent intégré par les fabricants dans les téléviseurs eux-mêmes, ou dans des appareils complémentaires tels que les lecteurs Blu-ray (ceux de Sony, par exemple). Cet équipement permet de s'assurer que les contenus consultés à partir d'internet sont dans un format adapté à l'écran de télévision⁵³. En termes de contenus, l'objectif est de fusionner la télévision et internet. Dans les faits, les spectateurs pourront suivre leur émission de télévision préférée tout en ayant accès, simultanément, à des informations générales, par exemple sur les acteurs du programme, depuis la page web de l'émission ou du radiodiffuseur⁵⁴. L'affichage de deux services en simultané rappelle les fenêtres « pop-up⁵⁵ » ou les extensions sur internet, de sorte que l'écran du téléviseur est en train de devenir une plateforme interactive à partir de laquelle l'utilisateur peut choisir un contenu en piochant dans différentes sources.

Le problème auquel sont confrontés Google, Apple, Yahoo!, ainsi que d'autres opérateurs, est donc double : un défi technique, car les contenus doivent être adaptés aux normes utilisées par ces entreprises ; un problème juridique, car ces fournisseurs doivent obtenir auprès des ayants droit l'autorisation de mettre leurs contenus à disposition à travers leurs services. Dans les faits, ces services se limitent donc pour l'instant à *certain*s contenus et ne couvrent pas l'ensemble du web⁵⁶, comme certains peuvent le préconiser ou le souhaiter. S'agissant des services à la demande, il n'est pas certain que l'on puisse considérer les services de télévision connectée comme un unique service qui entrerait dans le champ d'application de la Directive SMAV. Ils constituent une activité économique, c'est-à-dire des services aux fins des articles 56 et 57 du TFUE. Deux aspects sont particulièrement problématiques dans la définition des services de médias audiovisuels à la demande : dans le cas des services hybrides, à qui incombe la responsabilité éditoriale ? Et ces services peuvent-ils être assimilés à la fourniture de programmes telle que définie par la Directive SMAV ? Concrètement, il s'agit de savoir si le fournisseur d'un service hybride, lorsqu'il réunit différents services (c'est-à-dire des services de télévision, d'internet et de nature autre), crée ou non un *catalogue de programmes* au sens de l'article 1(1)(b) et (g) de la Directive SMAV. En outre, peut-être faudrait-il considérer séparément les différents types de services (linéaire ou non linéaire, télévision ou internet), comme le prévoit le considérant 27, lorsque cela est possible ; il faut alors se demander si et comment la Directive SMAV peut s'appliquer aux différents éléments de ce service combiné. Il est important de répondre à ces questions, d'abord parce que l'application de normes différentes à des services différents ou à différentes composantes d'un service pourrait compromettre la sécurité juridique et créer une certaine confusion quant au régime

51) Voir la présentation de Google TV sur www.google.com/tv/ ou celle d'Apple TV sur www.apple.com/appletv/.

52) Dans le cas des services proposant simultanément plusieurs programmes en streaming (c'est-à-dire « en direct », exception faite des décalages minimes qui sont inévitables pour des raisons techniques) en cumulant les flux de plusieurs chaînes de télévision, il n'y a pas de création d'une nouvelle responsabilité éditoriale. Bien qu'il y ait sélection de chaînes, il n'y a aucune organisation, car le contenu est élaboré par les radiodiffuseurs d'origine et ne change pas de nature au simple motif que le diffuseur crée un forum de discussion pour les utilisateurs ou diffuse des publicités avant l'initialisation du flux. Le site www.tvcatchup.com propose un tel service (sous un nom trompeur), mais là encore, des questions de droits de propriété intellectuelle se sont avérées problématiques lors de la mise en place de l'offre cumulée (voir par exemple *ITV c. TV Catch Up* [2010] EWHC (Cour suprême de l'Angleterre et du Pays de Galles), 3063 J Kitchin).

53) Voir aussi Wagner, *op. cit.* (note 50), p. 325.

54) Voir aussi *ibid.* ; Ariño, "A Content Regulation and New Media: A Case Study of Online Video Portals", *Communications & Strategies*, 66, 2007, p. 115.

55) Voir aussi Wagner, *op. cit.* (note 50), p. 331.

56) Voir aussi Wagner, *op. cit.* (note 50), p. 325.

applicable à tel ou tel service, ce qui pourrait avoir une incidence négative sur les parties prenantes et les consommateurs⁵⁷. D'autre part, l'application de la Directive SMAV à l'ensemble des services hybrides, simplement parce qu'ils comportent une composante « télévision », semble excessivement rigide à première vue. Cette approche ne permettrait pas de maintenir les différents niveaux de réglementation qui figurent dans les dispositifs différenciés de la Directive SMAV et, en élargissant la focale, de la directive sur le commerce électronique.

Les services connectés, pris dans leur ensemble, ne satisfont pas précisément à tous les critères de définition d'un service de médias audiovisuels⁵⁸. Pour ceux de ces contenus qui sont diffusés sur des chaînes de télévision classiques, la notion de radiodiffusion télévisuelle (et son rattachement aux services linéaires) peut incontestablement être appliquée. Il s'agit de contenus audiovisuels, diffusés sous forme d'images animées, combinés le plus souvent à du son (en tout cas rarement muets) et fournis sous la forme de services, au sens des articles 56 et 57 du TFUE. Les contenus ainsi montrés ont généralement pour but d'informer, d'éduquer ou de divertir le grand public, puisqu'ils sont issus de ces chaînes de télévision traditionnelles. Néanmoins, le critère de la responsabilité éditoriale appliquée à un service donné pose problème dans ce contexte. On peut se demander si cette responsabilité incombe au fournisseur du service hybride, simplement parce que celui-ci est à l'origine du choix de chaînes de télévision et donc de programmes télévisuels qui composent son offre globale. Dans la mesure où il n'est généralement pas possible, pour des raisons de droits, de modifier le signal transmis, on peut penser qu'il serait préférable que le fournisseur de l'émission de radiotélévision télévisuelle continue à en assumer la responsabilité éditoriale, car le fournisseur du service hybride n'exerce pas de contrôle effectif aux fins de l'article 1(1)(a) et (c) de la Directive SMAV. Pour ces services, il serait tout à fait insuffisant de s'appuyer uniquement sur la directive relative au commerce électronique et sur sa définition d'un service de la société de l'information. En ce qui concerne les contenus issus de chaînes de télévision et diffusés en direct, il manque le critère de la « demande individuelle », dans la mesure où les émissions ne sont alors disponibles que dans l'ordre choisi par le fournisseur de services pour les intégrer dans sa grille. La situation n'est plus la même si le fournisseur de services de télévision connectée propose des services complémentaires, tels que le rattrapage des programmes télévisés que le spectateur n'a pas pu regarder, et propose alors à l'utilisateur de composer son propre programme. En présence d'un élément de ce type, le fournisseur est alors soumis aux règles de la Directive SMAV relatives aux services non linéaires.

Les services d'accès au web, seuls ou associés à des fonctions supplémentaires accessibles grâce à des « applications » ou à d'autres solutions logicielles du même type, correspondent indéniablement à la définition d'un service de la société de l'information contenue dans la directive sur le commerce électronique : il s'agit de services fournis contre rémunération et par voie électronique. Si une « appli » est proposée à distance, l'utilisateur et le fournisseur ne sont en outre pas présents simultanément lorsque le service est fourni sur demande individuelle. Il serait difficile de soutenir que cette seule caractéristique assimile ce service à une activité de radiodiffusion et entraîne un impact similaire sur le grand public. Même lorsque les services supplémentaires comportent des éléments audiovisuels, cela paraît insuffisant pour parler de services non linéaires au sens de la Directive SMAV. Pour qu'il en aille différemment, il faudrait considérer que les fonctions des logiciels supplémentaires sont si étroitement liées à la radiodiffusion télévisuelle, que la Directive SMAV peut s'appliquer à cette combinaison de services, car la règle la plus stricte doit prévaloir pour la composante linéaire du service. Le considérant 27 n'incite pas à cette conclusion, puisqu'il restreint cette logique de la « primauté de la règle la plus stricte » aux contenus à la demande proposés en complément d'un même contenu télévisuel, par le même fournisseur. Dans les faits, le point décisif est de savoir si les éléments qui forment ensemble le service de télévision connectée peuvent être considérés séparément⁵⁹. Ce point continuera d'être tranché au cas par cas, toute la difficulté étant de déterminer si le fournisseur de plateforme ou de télévision connectée se contente d'ajouter son propre service au service de radiodiffusion d'un autre fournisseur, ou si la combinaison de la radiodiffusion télévisuelle, de l'accès à internet et des applications supplémentaires constitue en soi un nouveau service distinct. On tendra à pencher pour cette dernière interprétation lorsqu'un programme de radiodiffusion n'est pas transmis exactement à l'identique, mais avec des changements dans la grille ou la possibilité de modifier cette dernière (y compris au niveau de l'octroi des droits). En outre, plus le fournisseur de plateforme tendra à mettre

57) Voir les articles d'Erik Valgaeren et de Vincent Porter dans la présente publication.

58) Idem dans Chavannes/Castendyk, *op. cit.* (note 4), paragraphe 118, en ce qui concerne la diffusion en simulcast.

59) Voir aussi Chavannes/Castendyk, *op. cit.* (note 4), paragraphes 109 et suivants.

en place une organisation éditoriale, plus son rôle aura de chances d'évoluer vers une responsabilité éditoriale au sens de la Directive SMAV.

Bien que la fin du considérant 21 témoigne d'une intention claire d'exclure du champ d'application de la directive les services tels que YouTube, dans la mesure où ceux-ci s'appuient sur des contenus créés par les utilisateurs, il pourrait en aller autrement dans les faits⁶⁰. En cas d'influence éditoriale accrue, avec création de chaînes spécifiques, classement des contenus, application d'une signalétique, ou encore prise de décisions éditoriales en amont de la mise à disposition des contenus, ces services pourraient « monter d'un cran » en termes de réglementation et passer du ressort de la directive sur le commerce électronique à celui de la Directive SMAV. Même si cette solution n'est pas satisfaisante, et même si c'est la perception de l'utilisateur qui devait à l'origine être déterminante en la matière, le rôle assuré par le fournisseur a une importance clé dans la satisfaction ou non des critères de la Directive SMAV.

III. Conclusion

Nous avons analysé dans cette contribution les différents textes de droit dérivé de l'Union européenne applicables aux services à la demande, en nous concentrant sur la Directive SMAV et la directive sur le commerce électronique. La jurisprudence des instances européennes est maigre en la matière et les évolutions technologiques font constamment apparaître de nouvelles formes de services de médias, si bien qu'il est difficile d'arriver à des conclusions durables et définitives en la matière. Ce que l'on peut dire sur le cadre juridique actuel, c'est qu'il présente des interdépendances et des interconnexions entre différents instruments juridiques de l'Union européenne que le législateur n'avait pas prévues au moment de l'élaboration des textes (du moins pas dans les proportions que l'on constate aujourd'hui), mais qui résultent d'un dispositif de réglementation graduée.

Au vu des difficultés évoquées ci-dessus à identifier clairement quel est le cadre réglementaire applicable, on peut se demander si la création de conditions de concurrence équitables pour les services tels que la télévision connectée, qui était l'objectif d'origine, a vraiment réussi⁶¹. Notre démonstration semble montrer qu'il est pratiquement impossible d'instaurer un cadre commun pour des services de nature différente, car le processus législatif aura toujours un temps de retard sur la force d'innovation qui crée sans cesse de nouveaux services. Au niveau du Conseil de l'Europe, on a aussi manifestement du mal à appréhender ces nouveaux services, puisque l'institution tente actuellement d'élaborer une nouvelle définition des médias en phase avec le monde d'aujourd'hui⁶². Indépendamment de ces difficultés, l'application d'un cadre juridique donné dans les cas relevant de son champ d'application ne peut pas être réduite à une simple énumération des différences entre le service concerné et d'autres services du même type. Pour les cas ambigus, même s'ils mettent un certain temps à apparaître, les éclaircissements de la Cour de justice seront précieux.

60) Concernant l'absence de responsabilité éditoriale dans le cas de YouTube, voir Schulz/Heilmann, *op. cit.* (note 14), p. 26 ; et généralement, voir « YouTube et les plateformes de contenus créés par les utilisateurs – nouveaux acteurs ? » in Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), *Les aspects juridiques de la vidéo à la demande*, IRIS Spécial, 2007, p. 29.

61) Pour une analyse critique de ce point, voir Ariño/Llorens, *op. cit.* (note 1), p. 125, 136 et suivantes.

62) Voir 1^{re} Conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication – « Une nouvelle conception des médias ? », MCM (2009) 011, p. 4 ([http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/MCM\(2009\)011_fr_fin_web.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/MCM(2009)011_fr_fin_web.pdf)), ainsi que le document qui l'accompagne : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/Nouvelle_conception_medias_fr.pdf ; s'agissant du statut actuel de la recommandation envisagée, voir le rapport de la quatrième réunion du Comité d'experts sur les nouveaux médias, MC-NM(2011)013_fr, point 4 (le projet de recommandation porte l'identifiant MC-NM(2011)010).

La régulation des services à la demande en Italie

*Roberto Viola et Maja Cappello**
Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)

Face aux évolutions constantes du paysage médiatique, qui placent les fournisseurs de services et les consommateurs en présence de nouveaux modèles économiques et de défis technologiques inédits, les régulateurs doivent s'adapter et s'interroger sur les fondements, l'objet et les modalités de la réglementation. Le législateur européen a répondu à la plupart de ces préoccupations avec la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV), mais il reste beaucoup à faire au niveau national pour garantir l'existence d'une situation de concurrence équitable et de sécurité juridique.

En Italie, l'approche réglementaire en matière de services à la demande s'est particulièrement focalisée sur les problèmes de champ d'application et de limites entre les services dits traditionnels et les nouveaux médias qui entendent leur faire concurrence. Elle a consisté dans un premier temps à définir des exceptions. Néanmoins, de nombreuses questions restent en suspens et il y a lieu, pour y répondre, de garder certaines réalités à l'esprit afin d'éviter les écueils réglementaires.

I. Un paysage médiatique en plein changement

1. Le fournisseur

Le basculement des contenus audiovisuels vers le numérique et la convergence des services et des terminaux sont les principaux ingrédients qui ont permis l'apparition de toute une variété de plateformes (terrestres, satellites, internet, mobiles...) permettant à l'utilisateur d'aujourd'hui d'accéder à un choix de contenus qui ne cesse de s'élargir. Les services proposés comptent sans cesse de nouvelles options et de nouveaux modèles économiques voient le jour, en fonction des opportunités qu'offrent les améliorations technologiques.

Les fournisseurs assument des rôles différents en fonction de la façon dont ils proposent leurs contenus, que ce soit sous la forme d'une grille traditionnelle, par un système permettant aux utilisateurs de visionner en rattrapage des contenus qu'ils n'ont pas pu voir, ou encore en mettant à leur disposition un catalogue complet de contenus pour lesquels ces fournisseurs ont acquis les droits de « transmission ».

* Roberto Viola est secrétaire général de l'AGCOM ; Maja Cappello est responsable d'unité à la Direction de l'audiovisuel.

Ceci génère une concurrence, non seulement entre des services de même type (respectivement linéaires ou non linéaires) proposés sur des plateformes différentes, mais aussi entre services linéaires et non linéaires, offerts ou non sur une même plateforme.

2. L'utilisateur

Les utilisateurs pèsent sur les stratégies des fournisseurs, mais subissent aussi l'influence de celles-ci. Leur situation actuelle leur permet de choisir leur attitude vis-à-vis des contenus qui leur sont proposés. Le visionnage purement passif appartient au passé. Les consommateurs peuvent s'engager plus activement et même contrôler non seulement ce qu'ils regardent, mais aussi l'heure et les modalités du visionnage. Ils peuvent en outre partager avec d'autres utilisateurs des contenus qu'ils ont eux-mêmes produits.

De cette nouvelle attitude découlent différents scénarios que les fournisseurs doivent prendre en compte. Ces derniers jouent souvent un rôle d'agrégateur des contenus produits ou mis à disposition par les utilisateurs eux-mêmes, ce qui entraîne un renversement des rôles, dans la mesure où les utilisateurs deviennent des fournisseurs de contenus et inversement.

3. Le régulateur

Dans ce nouveau paysage, les régulateurs font face à des problèmes qui nécessitent une connaissance approfondie du fonctionnement du système en tant que tel. Il est particulièrement important que les décisions réglementaires, notamment dans le cadre de la transposition des directives de l'UE, soient prises dans l'optique d'une recherche d'équilibre entre les différents intérêts en jeu, de façon à ce que l'impact de la réglementation soit aussi proportionné que possible. Pour permettre un examen transparent de leurs décisions, conformément à la Recommandation Rec (2000)23 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, les régulateurs doivent en outre s'appuyer sur une approche des nouvelles règles européennes facilement compréhensible par les destinataires de la réglementation.

En raison des frontières fluctuantes de ces nouveaux services, il est donc souvent préférable d'opter pour des solutions de corégulation, dans lesquelles les intéressés eux-mêmes peuvent contribuer à élaborer les règles, plutôt que pour une réglementation légale.

II. Les services concernés ou non par l'approche italienne

1. Cinq critères cumulatifs à remplir

Les directives de l'UE sont transposées en droit italien par une procédure de délégation du parlement au gouvernement, à travers une loi dite communautaire (« *legge comunitaria* »), qui fixe les critères devant être respectés lors de la rédaction, par le gouvernement, du décret législatif définitif (« *decreto legislativo* »). Les commissions parlementaires compétentes doivent émettre un avis sur le décret avant que celui-ci puisse être officiellement adopté par le gouvernement, avis dont le gouvernement doit tenir compte. Lors de la transposition de la Directive SMAV, la première proposition de décret visait surtout la radiodiffusion traditionnelle, domaine dans lequel tous les acteurs économiques doivent détenir une licence. Au vu de l'opinion émise par les commissions parlementaires et de l'audition de l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (ou AGCOM, l'autorité italienne en charge des communications), le gouvernement a introduit dans le texte du décret une référence explicite aux considérants de la Directive SMAV. Ces derniers prévoient une série d'exclusions (concernant les services qui ne relèvent pas du champ d'application de la Directive SMAV), ce qui a permis à l'AGCOM de remettre la nouvelle réglementation relative aux médias dans la bonne perspective.

En conséquence, cinq critères cumulatifs doivent être remplis pour qu'un service donné puisse être considéré comme un service de médias audiovisuels au sens de la Directive SMAV.

1.1. *Un service économique...*

En premier lieu, le service de médias audiovisuels considéré doit être un service économique au sens du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Autrement dit, les simples sites web de particuliers n'entrent pas dans le champ d'application de la directive, car ils ne génèrent pas de revenus. Ceci vaut également pour les contenus générés par les utilisateurs qui ne sont pas créés à des fins lucratives, mais uniquement destinés à être partagés avec d'autres utilisateurs.

Les principaux problèmes en la matière se posent au niveau de l'évaluation du rôle, par exemple, des bannières publicitaires figurant sur ce qui semble être à première vue des sites web privés, car celles-ci génèrent nécessairement des revenus. En pareil cas, il y a lieu de vérifier si l'utilisation d'une bannière constitue ou non une activité (économique) qui fait concurrence à la radiodiffusion traditionnelle. Si oui, et seulement dans ce cas, le service considéré est concerné par la directive.

1.2. *... ayant un caractère de média de masse...*

Deuxièmement, ce service économique doit avoir un caractère de média de masse. Cela exclut les blogs, les listes de diffusion, les bulletins d'information, etc., puisque ceux-ci visent un public restreint et ne remplissent pas la condition de s'adresser à un ensemble indéterminé de spectateurs potentiels. Pour que cette exigence soit satisfaite, il est important que le service considéré soit destiné à être reçu par une part importante de la population et soit susceptible d'avoir sur elle un impact manifeste.

Ce critère, a priori simple à vérifier, soulève à nouveau des problèmes, par exemple en ce qui concerne les activités de câblo-diffusion qui se déroulent dans des lieux « intérieurs » ou des magasins, tels que des gares ou des espaces commerciaux, dans lesquels les clients sont apparemment identifiables (voyageurs ou acheteurs), mais peuvent également être mêlés à d'autres personnes présentes pour d'autres raisons, et former au final un ensemble indéterminé. Afin de garantir la sécurité juridique, il y a donc lieu d'appliquer un critère de prédominance afin d'exclure du champ d'application de la Directive SMAV ce type de diffusion restreinte (« *narrowcasting* ») qui ne vise pas le grand public.

1.3. *... dont la finalité principale est la fourniture de programmes...*

En troisième lieu, ce service économique possédant un caractère de média de masse doit avoir pour finalité principale la fourniture de programmes. Ce point permet d'exclure les services dont l'aspect audiovisuel n'est qu'accessoire. Dans ses considérants (22 et 28), la directive indique, à titre d'exemples explicites, qu'il faut ainsi exclure les versions électroniques des journaux et des magazines, de même que les jeux en ligne.

Cet aspect a fait l'objet d'une attention particulière en Italie, car la Constitution italienne dispose que la presse ne peut être soumise à des autorisations. Au vu de la nature des services en ligne actuellement proposés par les entreprises émanant du secteur de la presse, il a été jugé impossible, dans le cadre de la mise en œuvre de la Directive SMAV en Italie, d'inclure les journaux et les magazines dans le champ d'application de la réglementation de transposition.

Une exclusion du même type a été instaurée à l'égard de tout service qui ne peut pas être considéré comme « un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue », selon les termes de la Directive SMAV, tel qu'une émission de radio, un texte ou des images. On notera toutefois que les services dont le seul but est d'échapper à l'emprise des dispositions applicables aux images animées relèvent tout de même du champ d'application de la réglementation portant transposition de la Directive SMAV. Ainsi, une séquence de photos non animées réservées aux adultes et composée d'arrêts sur images issus d'un film serait évaluée en vertu des dispositions de la Directive SMAV concernant la protection des mineurs.

1.4. *... visant à informer, divertir ou éduquer le grand public...*

Quatrièmement, ce service économique ayant un caractère de média de masse doit avoir pour finalité principale la fourniture de programmes visant à informer, divertir ou éduquer le grand public. Il ne suffit donc pas que le programme soit destiné à un public restreint, ni que le contenu ait une finalité différente de celles qui ont été mentionnées. C'est l'impact que ce service de médias audiovisuels est susceptible d'avoir sur la manière dont les gens se forment une opinion qui semble compter ici.

1.5. ... par des réseaux de communications électroniques.

Enfin, le service économique ayant un caractère de média de masse, qui a pour finalité principale la fourniture de programmes et vise à informer, divertir ou éduquer le grand public, doit être fourni à travers des réseaux de communications électroniques. Selon le cadre réglementaire relatif aux communications électroniques, il s'agit des réseaux satellitaires, des réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, des systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, des réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle, et des réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise.

En conséquence, le cinéma et les supports « off-line » comme les DVD sont exclus du champ de la Directive SMAV. D'interprétation facile au premier abord, les frontières de ce critère peuvent, potentiellement, receler des difficultés, car de nombreux supports off-line, tels que les jeux, permettent d'accéder à des contenus en ligne.

2. La feuille de route italienne

2.1. Transposition en droit primaire

La transposition de la Directive SMAV en droit italien a été finalisée en 2010, avec l'adoption du Décret législatif n° 44/2010. Au cours du processus législatif, l'AGCOM a été invitée aux audiences parlementaires et a ainsi eu l'occasion d'apporter une contribution active en émettant propositions et suggestions, y compris concernant les futures activités de réglementation relatives aux questions relevant directement de sa compétence.

Le législateur a étudié différents moyens de satisfaire aux critères fixés par la directive et a décidé d'incorporer la plus grande partie de ses considérants dans le texte législatif. A ce titre, le décret confère donc un effet contraignant à certains considérants (portant sur le champ d'application de la directive), lesquels seraient restés, autrement, de simples outils d'interprétation.

2.2. Réglementation secondaire sur les conditions d'obtention des licences

Au cours du printemps 2010, ayant identifié les principaux enjeux sous-jacents, l'AGCOM a lancé deux consultations publiques en vue de l'adoption de deux textes de réglementation : l'un portant sur l'octroi de licences aux services audiovisuels et radiophoniques proposés sur internet (web TV, télévision IP et télévision mobile, par exemple), et l'autre sur l'octroi de licences aux services de médias audiovisuels non linéaires fournis via tous types de réseaux de communications électroniques. Les projets de réglementation ont été rendus publics durant l'été et l'AGCOM a demandé aux différentes parties prenantes de soumettre leurs observations. Les deux textes réglementaires ont été adoptés en décembre 2010, respectivement en vertu des délibérations n° 606/10/CONS (services linéaires) et 607/10/CONS (services non linéaires).

L'adoption de ces textes a suscité une vive réaction parmi les fournisseurs potentiels de services de médias audiovisuels. Ces derniers ont appelé à préserver la liberté sur internet, laquelle risquait selon eux d'être entravée par la nécessité de solliciter une autorisation préalable, alors même que la ressource internet ne souffrait pas de pénurie. En réponse à ces inquiétudes, l'AGCOM a publié sur son site une liste de questions/réponses et précisé que l'obligation d'une autorisation générale n'entravait aucune liberté, dans la mesure où elle s'apparentait de très près à une procédure de notification et visait simplement à faciliter le contrôle du bon respect de la Directive SMAV.

Plus précisément, les fournisseurs de services de médias linéaires, s'ils doivent demander une autorisation pour les services qu'ils entendent proposer, ont le droit de démarrer leur activité dès l'expiration d'un délai de 30 jours à compter de la demande. En d'autres termes, ils n'ont pas besoin d'attendre une autorisation écrite, même si l'AGCOM peut refuser d'accorder une autorisation en cas d'irrégularités de forme dans le formulaire de demande ou ses annexes. A l'inverse, les fournisseurs de services de médias non linéaires bénéficient d'une autorisation automatique dès la date à laquelle ils déclarent à l'AGCOM le début de leur activité. L'autorité de régulation dispose alors de 30 jours pour s'assurer que le fournisseur satisfait aux conditions nécessaires ; dans le cas contraire, il doit interrompre ses activités jusqu'à ce qu'il réponde aux exigences qui lui incombent.

Dans le cas des services de médias audiovisuels non linéaires, cette autorisation n'est soumise qu'à une vérification formelle du bon respect, par le demandeur, d'une série d'exigences minimales : les statuts de la société doivent faire mention de la fourniture de services de médias audiovisuels, l'entité ne peut être une administration publique, une société publique ou une banque, le détenteur de l'autorisation ne doit pas avoir été condamné à plus de six mois d'emprisonnement et l'entreprise doit déclarer son numéro de TVA.

Pour tenir compte du fait que les nouveaux fournisseurs de services opérant sur internet peuvent se trouver, au moins potentiellement, dans une phase de démarrage de leur activité, la réglementation prévoit des frais administratifs très faibles (500 EUR pour les services de médias audiovisuels, 250 EUR pour les services radiophoniques) qui doivent être acquittés une seule fois pour une période de 12 mois au moment de la demande ou de la notification. Il n'y a aucune redevance à acquitter annuellement. Cependant, une fois qu'ils ont reçu leur autorisation, les entités doivent verser une contribution annuelle correspondant à 1,8 ‰ de leurs recettes moyennes.

2.3. La réglementation de l'AGCOM

Afin de répondre aux critiques émises par les parties prenantes au cours du processus de consultation, l'AGCOM a apporté des précisions sur les services exclus de la réglementation en vertu de la série de conditions déjà évoquée, découlant des dispositions et des considérants de la Directive SMAV telles qu'ils ont été transposés par décret :

- toute forme de correspondance privée, telle que les courriels adressés à un nombre limité de destinataires ;
- tous les services dont la finalité principale n'est pas la fourniture de programmes, c'est-à-dire dans lesquels la présence de contenus audiovisuels n'est qu'accessoire et ne constitue pas l'objet principal ;
- toutes les activités qui sont au premier chef non économiques et ne se trouvent pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle ;
- les services reposant sur la mise en ligne (« *upload* ») de contenus audiovisuels générés par des utilisateurs privés, dès lors que le fournisseur du service de médias n'exerce pas de responsabilité éditoriale sur la sélection des éléments, mais se contente d'agréger les contenus mis en ligne par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt.
- les services fournis par des prestataires dont les recettes annuelles sont inférieures à 100 000 EUR.
- les services linéaires dont la programmation n'excède pas 24 heures hebdomadaires et dont les services ne sont pas destinés au grand public, tels que les services de télévision propres à certaines entreprises, ainsi que les services de câblo-diffusion proposés dans des lieux restreints (gares, aéroports, etc.) ;
- les catalogues à la demande composés uniquement de programmes déjà proposés dans le cadre de services linéaires, tels que les services de télévision de rattrapage ou de consultation d'archives, ainsi que les catalogues qui ne peuvent pas être consultés de façon autonome par le grand public, comme ceux qui sont incorporés dans un autre catalogue accessible uniquement à partir d'un bouquet proposé par un fournisseur donné ;
- les versions électroniques et en ligne de journaux et de magazines, les sites web qui ne contiennent des éléments audiovisuels qu'à titre accessoire, tels que des éléments de graphisme animés, de courts spots de publicité ou des informations liées à un produit ou à un service non audiovisuel, les jeux de hasard impliquant une mise correspondant à une valeur monétaire, y compris les loteries, les paris et les autres formes de jeux d'argent, de même que les jeux en ligne et les moteurs de recherche, mais pas les émissions consacrées aux jeux d'argent ou de hasard.

Les deux seuils instaurés en fonction des recettes et de la grille des fournisseurs constituent des exclusions d'un type plus innovant. Ils limitent le champ d'application de la réglementation aux seules activités professionnelles qui sont « de type télévisuel », c'est-à-dire qui s'adressent au même public et sont en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle.

Cette condition d'un service « de type télévisuel » dépassant un certain niveau de recettes est satisfaite dès lors que les fournisseurs enregistrent des recettes supérieures à 100 000 EUR après impôts et tirent leurs revenus d'activités typiquement télévisuelles, telles que la publicité, le parrainage, les contrats et conventions signés avec des entités publiques et privées, les financements publics et les offres de télévision à péage. En conséquence, les recettes issues de services autres que ceux de type

télévisuel, tels que les services d'hébergement, ne doivent pas entrer en ligne de compte. Pour garantir une sécurité juridique aux entités potentiellement concernées, le bilan de référence dans le cadre de cette dérogation est le premier à être adopté après l'entrée en vigueur des dispositions relatives aux recettes de l'exercice 2010. Dans le cas d'entreprises nouvellement créées, ce seuil doit être mesuré un an après le lancement de l'activité.

S'agissant des conditions applicables à la grille, les services linéaires identifiés par un même logo dont le temps de programmation n'excède pas 24 heures hebdomadaires, exception faite du temps consacré à la rediffusion de programmes ou à la diffusion d'images fixes telles que des messages écrits, sont également exclus du champ d'application de la réglementation, et les fournisseurs de ces services ne sont pas tenus de faire une demande d'autorisation. Dans ce cas, la condition selon laquelle le service « s'adresse au même public et est en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle » n'est pas non plus remplie, en raison du caractère non professionnel de la programmation irrégulière.

III. Quand la réglementation rencontre la réalité

Au cours de la transposition de la Directive SMAV en droit italien, il est apparu très clairement que les critères d'identification qui s'appliquaient aisément aux médias traditionnels étaient aujourd'hui remis en question.

D'une part, les télévisions en ligne disponibles sur l'internet ouvert, fournies par des sites agrégateurs ou diffusées sur des réseaux administrés, correspondent à des modèles économiques extrêmement différents, mais pourraient se trouver soumis aux mêmes règles. D'autre part, certains critères risquent d'être difficiles à appliquer, tant il peut être difficile d'identifier, puis de déterminer, quels services audiovisuels sont des services autonomes, et de les différencier de ceux qui ne sont qu'accessoires à d'autres services, tels que les sites web de journaux. A cet égard, il peut par exemple être difficile de délimiter précisément les frontières entre les versions en ligne de journaux ou de magazines et les sites web de radiodiffuseurs, car ces deux acteurs proposent des services de vidéos.

Dans le même temps, les contenus générés par les utilisateurs qui sont mis à disposition sur des plateformes internet doivent faire l'objet d'une analyse minutieuse afin de déterminer à qui incombe leur responsabilité éditoriale. Conformément à la législation européenne, les fournisseurs de services de médias ne relèvent de la réglementation de l'AGCOM que lorsque les deux conditions cumulatives suivantes sont remplies : la responsabilité éditoriale et l'exploitation économique. Si la seconde condition est facilement identifiable, deux éléments sont nécessaires afin d'identifier la responsabilité éditoriale : l'exercice d'un contrôle effectif sur la sélection des programmes et sur leur organisation (soit sous forme de grille chronologique, dans le cas de la radiodiffusion télévisuelle, soit dans un catalogue, en ce qui concerne les services de médias audiovisuels à la demande). Cela signifie que les sites qui ne procèdent pas à une sélection ex ante des contenus générés par les utilisateurs, mais se contentent d'indexer les contenus soumis par les utilisateurs, n'entrent pas dans le champ de la réglementation. Toutefois, cette exclusion n'est valable que tant que l'agrégateur intervient ex post.

En conclusion, au vu de la variété de services rendus possibles par l'évolution de la technologie et des modèles économiques, il paraît évident que certaines obligations s'appliquent bien mieux à la radiodiffusion traditionnelle qu'aux services à la demande. La tenue d'un registre mensuel des programmes mis à disposition ou le respect de quotas d'œuvres européennes sont des obligations plus faciles à remplir pour les services traditionnels que pour les services à la demande. En d'autres termes, il est absolument nécessaire d'adapter la réglementation à la réalité ; à cet effet, les outils de corégulation devraient être encouragés, car ils permettent aux régulateurs d'anticiper tout en restant proches des besoins des acteurs du marché et des consommateurs.

L'affinement des critères de classification des services de médias audiovisuels à la demande : l'approche des Pays-Bas

Marcel Betzel*

Commissariaat voor de Media (CvdM)

Le présent article retrace la transposition de la Directive SMAV¹ dans le droit néerlandais des médias et s'intéresse tout particulièrement à la façon dont l'autorité néerlandaise de régulation des médias (le Commissariaat voor de Media ou CvdM) entend définir et préciser, dans ses lignes directrices de politique générale, certains critères et définitions qui se rapportent aux services de médias audiovisuels. La première partie de l'article décrit le cadre juridique global et la réglementation particulière des services de médias publics. Les deuxième et troisième parties se concentrent sur la réglementation relative aux médias commerciaux et, notamment, sur l'interprétation donnée par le CvdM des critères définissant les offres commerciales à la demande.

Aux Pays-Bas, la Directive SMAV a été mise en œuvre à la fin de l'année 2009 au moyen d'une loi de transposition portant modification de la loi relative aux médias (*Mediawet*) de 2008². Cette loi modificatrice entrée en vigueur le 19 décembre 2009 a permis de clore le processus formel de transposition. A la date de rédaction du présent article, le CvdM est en train de finaliser ses lignes directrices, lesquelles viendront compléter certains critères et définitions juridiques, et aborderont des questions pratiques telles que le processus d'enregistrement des services de médias audiovisuels à la demande³. Dans la mesure où il s'agit d'un projet, qui devra encore être adopté officiellement par le conseil d'administration du CvdM, il convient de noter que ce qui suit ne décrit que l'état actuel du processus d'élaboration de ces lignes directrices et ne reflète pas nécessairement les avis définitifs et les décisions qu'adoptera le CvdM dans ce domaine.

Pour la plupart des aspects couverts par la Directive SMAV, le législateur néerlandais a opté pour une harmonisation a minima, notamment s'agissant des services de médias commerciaux. La seule exception concerne la publicité pour les boissons alcoolisées : les autorités ont choisi de profiter de la

* Conseiller politique au CvdM

- 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 Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (Journal officiel L 332 du 18 décembre 2007), dans sa version codifiée par la Directive 2010/13/UE.
- 2) *Wet van 10 december 2009 tot wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten* (loi du 10 décembre 2009 portant modification de la loi relative aux médias de 2008 et de la loi relative à la lutte contre le tabagisme en vue de transposer en droit interne la Directive Services de médias audiovisuels), *Staatsblad* (journal officiel) 2009, 552.
- 3) Note de la rédaction : la *Regeling van het Commissariaat voor de Media van 22 september 2011 houdende beleidsregels omtrent de classificatie van commerciële mediadiensten op aanvraag zoals bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, van de Mediawet 2008 (Beleidsregels classificatie commerciële mediadiensten op aanvraag 2011)* a été adoptée entretemps (Règlement interprétatif de l'Autorité des médias du 22 septembre 2011 sur les mesures relatives à la classification des services de médias commerciaux à la demande, telles qu'énoncées à l'article 1.1, alinéa 1, de la loi relative aux médias de 2008 (classification des services de médias audiovisuels à la demande pour l'année 2011)). Voir Edith van Lent, « Début d'application de l'obligation d'enregistrement des services de vidéo à la demande », in IRIS 2010-10.

possibilité que leur offrait l'alinéa 1 de l'article 4 de la Directive SMAV d'adopter des règles plus strictes ou plus détaillées pour les fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence. La loi relative aux médias interdit donc la diffusion de messages de publicité et de téléachat pour les boissons alcoolisées sur les chaînes linéaires entre 6 heures et 21 heures⁴. On peut considérer qu'il s'agit là d'une transposition plus détaillée de l'exigence posée par la directive, laquelle dispose que la publicité et le téléachat portant sur des boissons alcoolisées ne doivent pas s'adresser spécifiquement aux mineurs.

Dans le cadre mis en place par la Directive SMAV, les services de médias audiovisuels émanant d'opérateurs commerciaux ne sont soumis qu'à une série de règles de base ; certaines dispositions plus détaillées ne s'appliquent qu'aux services de médias audiovisuels linéaires.

I. Cadre général : la loi relative aux médias de 2008 et les lignes directrices du CvdM

1. La « loi sur le multimédia »

Il y a lieu de souligner que la loi néerlandaise relative aux médias de 2008 était déjà formulée en termes neutres vis-à-vis des technologies et des plateformes utilisées depuis le 1^{er} janvier 2009, soit près d'un an avant l'entrée en vigueur de la loi de transposition. La plupart des éléments de la loi dite « sur le multimédia »⁵ ont pris effet le 1^{er} janvier 2009, ce qui a entraîné des changements importants pour les services de médias, tant publics que commerciaux. Bon nombre de définitions juridiques qui existaient depuis longtemps ont été abrogées ou ont subi des aménagements substantiels. Désormais, la loi relative aux médias de 2008 n'emploie plus le terme de « diffuseur », mais celui de « fournisseur de services de médias ». En outre, la distinction qui existait de longue date entre une offre de programmes généraliste et une offre proposée à des fins particulières (programmes sur abonnement) a été abolie⁶.

S'agissant des services de médias publics, l'un des grands changements a été l'abolition d'une importante distinction entre, d'une part, les programmes télévisés et radiophoniques et, d'autre part, les contenus audiovisuels proposés à travers des plateformes telles que des chaînes thématiques numériques ou des sites web. Pour cela, il a fallu formuler la mission des médias publics en des termes neutres vis-à-vis des technologies et des plateformes utilisées, ce que fait l'article 2.1 de la loi relative aux médias. Celui-ci ancre le principe selon lequel les fournisseurs publics de services de médias peuvent accomplir leur mission de service public à travers différents services et médias, indépendamment de la plateforme ou de la technologie choisie. Néanmoins, l'offre de médias doit répondre à certaines exigences qualitatives et quantitatives propres à garantir son caractère de service public ; il convient notamment de veiller à ce que les services de médias publics répondent aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société.

Autre changement important, concernant les services publics de médias : l'abrogation des obligations de contenu pesant sur les programmes. Auparavant, les fournisseurs publics et nationaux de services de médias étaient tenus de diffuser un pourcentage minimum de programmes informatifs, éducatifs et culturels. La loi relative aux médias fixait en outre un pourcentage maximum (25 %) pour les émissions de divertissement. Ces seuils ont été remplacés par des objectifs plus concrets portant sur les catégories de programmes, l'audience et les groupes cibles particuliers, objectifs fixés par des accords de performance conclus entre le radiodiffuseur national de service public (Nederlandse Publieke Omroep, NPO) et le ministre de l'Éducation, de la Culture et des Sciences. Il incombe désormais à NPO de coordonner tous les fournisseurs publics nationaux de services de médias. Le CvdM rendra compte chaque année au ministre des résultats de NPO. Tous les cinq ans, NPO devra présenter une nouvelle stratégie de programmation concernant la télévision, la radio, les chaînes thématiques numériques et les services proposés sur des plateformes en ligne. Le CvdM adressera au ministre ses remarques à ce sujet.

4) Articles 2.94 (relatif aux services de médias publics) et 3.7 (relatif aux services de médias commerciaux).

5) *Wet van 29 december 2008 tot vaststelling van een nieuwe Mediawet (Mediawet 2008)* (loi du 29 décembre 2008 portant sur la création d'une nouvelle loi relative aux médias), *Staatsblad* (journal officiel) 2008, 583.

6) Pour que l'on puisse parler de « programme proposé à des fins particulières », il fallait que le consommateur ait contracté directement avec le fournisseur du service de programmes, mais cette définition n'était plus en phase avec la pratique.

De nombreuses règles concernant la publicité et le parrainage ont été libéralisées, en particulier pour les fournisseurs privés de services de médias, dans le but de garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les services sous juridiction néerlandaise et ceux qui, quoique basés à l'étranger (au Luxembourg, par exemple), ciblent le même public aux Pays-Bas. Conformément à la Directive SMAV, l'intervalle minimum obligatoire de 20 minutes entre deux coupures publicitaires a été abrogé. S'agissant des films, des journaux télévisés et des programmes pour enfants, le régime définissant les interruptions publicitaires a également été libéralisé. Dans l'article 3.11 de la loi relative aux médias, il est désormais question de « durée programmée ». Autrement dit, pour calculer la période de 30 minutes susceptible d'être interrompue par une page de publicité, la durée de la publicité elle-même peut être ajoutée à la durée du programme (selon le principe dit « du brut »). En conséquence, les films et programmes peuvent être interrompus plus rapidement que ne le permettait le principe dit « du net », lequel ne tient pas compte du temps de publicité dans le calcul de la durée du programme.

La publicité sur écran partagé est autorisée sous certaines conditions. Des slogans peuvent figurer dans la citation des parrains ou dans les spots de parrainage, dès lors qu'ils ne font pas une publicité trop appuyée pour les produits du parrain, en incitant directement à les acheter ou en les recommandant expressément. Comme nous l'avons dit plus haut, une règle plus stricte que les dispositions de la Directive SMAV a été instaurée, tant pour les services de médias privés que publics, afin d'interdire la publicité pour les boissons alcoolisées entre 6 heures et 21 heures.

L'application d'une réglementation plus stricte et plus détaillée aux médias publics qu'aux médias privés constitue l'un des principes fondamentaux de la loi de 2008 relative aux médias. Elle prend une double forme : en premier lieu, les exigences en tant que telles (notamment en matière de publicité et de parrainage) sont plus détaillées et plus strictes. Le placement de produit est complètement interdit dans les médias publics aux Pays-Bas, puisque même les produits d'un parrain ne peuvent être montrés dans les programmes qu'il a contribué à financer⁷. Par ailleurs, les règles relatives à la publicité et au parrainage s'appliquent par principe à tous les services de médias publics, linéaires ou non. L'article 2.98 de la loi de 2008 relative aux médias dispose en effet que les règles concernant la publicité diffusée à la télévision et à la radio s'appliquent aussi, dans toute la mesure du possible, aux autres services de médias publics, c'est-à-dire aux sites internet et à la vidéo à la demande. Pour les médias commerciaux, l'approche adoptée est fondamentalement différente et découle du cadre de la Directive SMAV. Seuls les services susceptibles d'être considérés comme des services de médias audiovisuels, qu'ils soient linéaires (télévision) ou non-linéaires (à la demande), sont soumis aux dispositions de la loi relative aux médias de 2008 et nécessitent l'obtention d'une licence (services linéaires) ou un enregistrement (services de médias à la demande) auprès du CvdM.

2. Les lignes directrices du CvdM concernant la publicité dans les médias publics

On peut facilement concevoir que certaines règles, notamment celles qui fixent la quantité maximale de publicité autorisée, soient difficiles à appliquer aux pages internet contenant des publicités sous forme de bannières et de boutons. Il était par conséquent nécessaire d'élaborer des lignes directrices afin de faciliter l'application pratique de ces règles. Dans les orientations qu'il a récemment adoptées en matière de publicité dans les médias de service public⁸, le CvdM indique à titre de principe général que les publicités dans ces services de médias doivent être limitées en termes de durée et de quantité, et qu'elles ne doivent pas être prépondérantes.

Ce principe s'est traduit par une série d'exigences plus détaillées. Ainsi, sur les sites des services de médias publics, les publicités (bannières, par exemple) ne peuvent en aucun cas excéder 10 % de la surface d'une page de navigateur. En outre, une indication claire (écrite) doit y figurer pour informer le grand public de la nature commerciale des bannières. Ces dernières doivent également être clairement séparées du contenu éditorial, par exemple au moyen d'un cadre bien visible. Les publiereportages écrits, c'est-à-dire les publicités trompeusement présentées comme des articles rédactionnels, ne sont pas autorisés. Il en va de même pour les techniques publicitaires telles que les « *pop-ups* », les « *pop*

7) Article 2.108, alinéa 1, de la loi relative aux médias de 2008.

8) *Beleidsregels reclame publieke media-instellingen 2011* (lignes directrices de 2011 relatives à la publicité dans les médias publics).

*unders*⁹ » ou les « *hover ads*¹⁰ » qui enfreignent le principe d'une séparation nette entre contenu éditorial et contenu commercial. S'agissant des services de VoD (généralement des services de télévision de rattrapage¹¹), les publicités « *pre-roll* » sont autorisées : il s'agit de vidéos publicitaires généralement diffusées avant le début du programme (de l'émission). Aux termes des lignes directrices du CvdM, elles ne doivent pas durer plus de 15 secondes, ce qui est également conforme à la pratique actuelle sur la plupart des sites web de médias publics.

II. Portée de la réglementation des services commerciaux de médias à la demande

1. Les définitions juridiques dans la loi relative aux médias de 2008

Aux termes de l'article 1.1, alinéa 1, de la loi relative aux médias de 2008, un service de médias à la demande est « un service de médias qui consiste en une offre fournie sur demande individuelle et pouvant être visionnée à un moment choisi librement par l'utilisateur ». L'article précise également les autres composantes de la définition d'un service de médias à la demande, notamment les notions de « responsabilité éditoriale », de « service de médias » et d'« offre de médias ».

On peut conclure de ces définitions juridiques qu'un service de médias peut être considéré comme un service à la demande si les critères suivants sont respectés :

- le service est diffusé par le biais d'un réseau public de communications électroniques ;
- il s'appuie sur un catalogue ;
- il est constitué de vidéos et son objet premier est de proposer des vidéos ;
- il relève de la responsabilité éditoriale du fournisseur (eu égard à la sélection et à l'organisation du contenu vidéo) ;
- il présente un caractère de média de masse ;
- il peut être considéré comme un service économique.

Bien entendu, la loi relative aux médias de 2008 ne s'applique qu'aux services de médias (à la demande) à caractère commercial et proposés par une personne physique ou morale relevant de la compétence territoriale des Pays-Bas, ce qui signifie généralement que le prestataire est réputé être établi aux Pays-Bas, selon les critères de la Directive SMAV¹².

2. Les lignes directrices du CvdM en matière de classification des services commerciaux de médias à la demande

Puisque la législation laisse une marge d'interprétation et permet des éclaircissements supplémentaires, le CvdM doit préciser, dans ses orientations générales, son interprétation des critères permettant de définir les services de médias commerciaux à la demande. Ses lignes directrices devront déterminer précisément quels services commerciaux à la demande entrent dans le champ de la loi relative aux médias de 2008 et devront donc faire l'objet d'un enregistrement auprès du CvdM¹³. Ceci n'est pas nécessaire pour les services à la demande émanant de médias publics, car ils relèvent tous, en règle générale, de la réglementation actuelle. Ces précisions et éclaircissements sont conformes aux articles et considérants de la Directive SMAV, ainsi qu'au document explicatif accompagnant la loi relative aux médias de 2008, mais ils s'appuient également sur les expériences pratiques et les observations recueillies par le CvdM.

9) Il s'agit d'un type de fenêtre (généralement publicitaire) qui s'ouvre en-dessous de la fenêtre du navigateur de l'utilisateur lorsque celui-ci se trouve sur un site.

10) Il s'agit d'un type particulier de publicités pop-up développées en HTML dynamique, en Java Script ou au moyen d'autres technologies du même type. Elles ne disparaissent pas lorsque l'on fait défiler la page vers le bas, si bien qu'elles semblent « planer » (« *hover* ») sur la page, tout en voilant le contenu.

11) Le principal service de télévision de rattrapage proposé par NPO s'appelle Uitzending Gemist.

12) L'article 1.2, alinéa 1, de la loi de 2008 relative aux médias renvoie à l'article 2 de la Directive SMAV en ce qui concerne la détermination de la compétence.

13) Article 3.29b, alinéa 1, de la loi relative aux médias de 2008.

Où en est-on à ce jour ? Dès le début de l'année 2008, le CvdM a participé à un groupe de travail mis en place par son ministère de tutelle, ce qui lui a permis de contribuer à la rédaction du projet de loi et de sa note explicative. Avant même l'adoption du projet législatif et l'entrée en vigueur, le 19 décembre 2009, de la loi de 2008 relative aux médias dans sa version modifiée, le CvdM a entrepris d'identifier les services de médias (à la demande) existants et de tester les critères contenus dans la Directive SMAV. A cette fin, il s'est servi d'un robot d'indexation spécialement configuré¹⁴, capable de repérer les services de médias audiovisuels en inspectant les services disponibles sur le web sur la base de filtres tels que la présence de contenus vidéo et de catalogues. Ce robot a été utilisé afin d'obtenir une sélection impartiale de services, mais aussi pour évaluer le nombre de services de médias relevant potentiellement de la compétence du CvdM. Les services ont été répertoriés dans une base de données en vue de faire l'objet d'un examen plus approfondi. En 2010, le CvdM a rencontré à plusieurs reprises des experts (juridiques) ainsi que des fournisseurs de services susceptibles d'être concernés par la mise en œuvre de la Directive SMAV. En outre, il a échangé à différentes occasions avec d'autres autorités nationales de régulation sur certaines questions liées à la Directive SMAV. A la fin de l'année 2010, les radiodiffuseurs traditionnels et les nouveaux fournisseurs de services de médias ont été invités à soumettre leurs remarques sur le projet de lignes directrices intitulé « Classification des services commerciaux de médias à la demande ». Les premiers mois de 2011 ont été consacrés à la prise en compte de ces remarques. Le CvdM a l'intention de finaliser ses lignes directrices d'ici à septembre 2011.

Conformément aux dispositions et aux considérants de la Directive SMAV, ainsi qu'à la note explicative accompagnant la loi de transposition de la directive¹⁵, les critères supplémentaires permettant la classification des services commerciaux de médias à la demande doivent satisfaire à un certain nombre de conditions de base, et doivent avant tout :

- être neutres eu égard à la technologie et aux plateformes : ils ne peuvent s'appuyer sur des concepts traditionnels, puisque les services de vidéo en ligne diffèrent souvent de la télévision conventionnelle ;
- être équitables et non discriminatoires : à service identique, traitement identique ;
- être clairs et prévisibles : les acteurs du secteur doivent savoir à l'avance si leur service relèvera de la réglementation et les consommateurs doivent savoir s'ils bénéficieront d'une protection.

III. Critères de classification des services commerciaux de médias à la demande

La partie qui suit s'intéresse à l'application par le CvdM des différents critères de classification des services commerciaux de médias à la demande.

1. Vidéo et catalogue

Le considérant 24 de la Directive SMAV indique que les services de médias à la demande présentent la caractéristique d'être « de type télévisuel ». Cela signifie que, dans la mesure où ils s'adressent au même public, ils sont en concurrence avec la télévision traditionnelle ; compte tenu du type et du mode d'accès à ces services, leurs spectateurs peuvent donc raisonnablement s'attendre à bénéficier d'une protection réglementaire. Dans cette optique, signalons une autre disposition pertinente : l'article 1, alinéa b, de la Directive SMAV, lequel définit le concept de programme comme un élément unique dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un fournisseur de services de médias, et dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle. Le texte cite comme exemples de programmes les films de long métrage, les manifestations sportives, les comédies de situation, les documentaires, les programmes pour enfants et les fictions originales.

14) Il s'agit d'un logiciel qui explore le World Wide Web de façon méthodique et automatisée, ou selon un ordre prédéfini. On parle communément en anglais de « web crawler », de « spider », mais aussi d'« ants », d'« automatic indexers » ou de « bots ».

15) *Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten* (note explicative afférente à la loi portant modification de la loi relative aux médias de 2008 et de la loi relative à la lutte contre le tabagisme en vue de transposer en droit interne la Directive Services de médias audiovisuels), Tweede Kamer, 2008–2009, 31 876, n° 3.

Ceci donne à tout le moins l'impression que le législateur européen a retenu une conception relativement traditionnelle de la télévision pour définir les services de médias audiovisuels à la demande. On pourrait en conclure qu'un service de médias audiovisuels en ligne composé de courtes séquences d'actualité ne saurait être considéré comme un service de médias audiovisuels à la demande. On peut arguer, à l'appui de cette approche, que ces séquences ne seraient pas diffusées individuellement à la télévision « classique », mais incorporées dans un programme plus long. Ceci étant dit, le considérant 24 de la directive précise toutefois que la notion de « programme » doit être interprétée d'une manière dynamique et en tenant compte de l'évolution de la radiodiffusion télévisuelle. Il est évident que la nature de la télévision (et de sa programmation) est en mutation constante et qu'elle s'adapte aussi à de nouveaux formats que l'on peut juger typiques d'internet en raison de leur courte durée ou de l'absence d'éléments tels qu'un titre, un éditorial, une introduction ou un générique.

Tenant compte des frontières floues entre télévision « classique » et formats internet, le CvdM a décidé de ne pas mettre l'accent outre mesure sur le « type télévisuel » des programmes. Ceci est également dû au fait qu'il est difficile d'appréhender les attentes du spectateur, un critère pour le moins subjectif ; le téléspectateur moyen n'existe pas et il est par conséquent ardu d'interpréter ses attentes. YouTube semblera sans doute davantage « de type télévisuel » à un jeune habitué à regarder ses vidéos sur un téléviseur susceptible de recevoir des services de « télévision connectée »¹⁶, qu'à une personne plus âgée qui n'a pas grandi avec les dernières technologies et les appareils récents.

Le projet de lignes directrices comporte une définition du terme « vidéo ». Si c'est ce terme qui est utilisé, et non celui de « programme », c'est uniquement pour des raisons techniques et législatives, dans la mesure où l'appellation « programme » est réservée aux services de radiodiffusion télévisuelle dans la loi relative aux médias de 2008. Dans les faits, vidéo et programme sont généralement similaires. La principale différence réside dans le fait que la vidéo est proposée dans le cadre d'un catalogue, tandis que le programme fait partie d'une grille. En outre, contrairement à une vidéo, un programme peut se composer de contenu exclusivement sonore (émission de radio, par exemple). La vidéo est définie comme un produit électronique comportant des images animées, formant un élément unique, portant un titre unique et faisant partie d'un catalogue. Le projet de lignes directrices entend par « catalogue » un mode d'organisation des vidéos dans une base de données qui les rend accessibles à l'utilisateur, généralement par une fonction de recherche.

2. Finalité principale

Selon le considérant 22 de la Directive SMAV, un service dont le contenu audiovisuel n'est que secondaire ne constitue pas un service de médias audiovisuels, car on estime alors que sa finalité principale n'est pas la fourniture de programmes. Le considérant cite, comme exemples de services audiovisuels « accessoires », les sites web ne contenant des éléments audiovisuels qu'à titre accessoire, comme des éléments graphiques animés, de brefs spots publicitaires ou des informations concernant un produit ou un service non audiovisuel. Il s'ensuit que les jeux de hasard, y compris les loteries, les paris et les autres formes de jeux d'argent, de même que les jeux en ligne et les moteurs de recherche, sont également exclus du champ d'application de la directive.

Dans les faits, les sites web présentent à la fois des parties constituées de texte et de vidéos, et il est difficile de quantifier et de comparer celles-ci en raison de leur nature différente. Pour déterminer la finalité principale des vidéos, il est capital de savoir si celles-ci sont proposées en complément d'un autre service. Le public doit être en mesure d'utiliser un service de médias audiovisuels à la demande de façon autonome, indépendamment de tout autre service (textuel). Conformément à la note explicative afférente à la loi de transposition de la directive, le CvdM tiendra donc compte des fonctionnalités et de la présentation des services, ainsi que de la proportion qu'ils représentent par rapport au reste du site ou aux autres services proposés. La question centrale consiste donc à savoir comment le service sera utilisé et perçu par le public.

Si un service de médias audiovisuels à la demande se trouve inclus dans un éventail plus large de services proposés par un site web, l'offre vidéo sera traitée comme un service autonome dès lors qu'elle

16) Ce terme désigne l'intégration de fonctions propres à internet et au Web 2.0 dans les téléviseurs et les décodeurs modernes, ainsi que la convergence technologique entre les ordinateurs et ces téléviseurs et décodeurs. On parle aussi de contenus « *over the top* » ou de HbbTV (Hybrid Broadcast Broadband TV).

peut être clairement distinguée du reste. Pour distinguer les différents services, le CvdM sera là encore attentif à leurs fonctionnalités et à leur présentation. C'est par conséquent la finalité principale du service de vidéo autonome qui sera prise en compte et sera décisive, et non celle de l'ensemble du site ou des autres activités. Ceci est particulièrement important dans le cas d'un fournisseur de services de médias audiovisuels proposant plusieurs autres services très différents. Ainsi, si une compagnie d'assurance diffusait une chaîne sportive sur internet, son activité première resterait prépondérante par comparaison avec ses services audiovisuels. Néanmoins, la finalité principale de sa chaîne vidéo serait vraisemblablement la fourniture de programmes et non la (seule) vente d'assurances.

3. Responsabilité éditoriale

La notion de responsabilité éditoriale, telle que la définit la Directive SMAV dans son article 1, alinéa 1.c, comporte deux composantes importantes : l'exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation, soit dans une grille (dans le cas de la radiodiffusion télévisuelle), soit dans un catalogue (dans le cas des services de médias audiovisuels à la demande).

Il serait erroné de présumer que ces deux activités sont toujours assurées par une seule et même entité. La réalité est souvent très différente, et la personne ou l'entreprise responsable de la sélection des programmes n'est pas nécessairement chargée aussi de leur organisation. Les exploitants de plateformes, tels que les câblo-opérateurs, les opérateurs d'IPTV ou les fournisseurs de guides électroniques de programmes, ont souvent eux aussi un rôle à jouer dans l'agencement des contenus vidéos au sein d'un catalogue. Cela devrait de plus en plus être le cas à l'avenir, avec l'apparition et le développement des services de télévision connectée. Lorsque la responsabilité de la sélection et de l'organisation des programmes incombera à des prestataires différents, le CvdM considérera comme décisif le critère du contrôle de la sélection des vidéos. Dans la plupart des cas, les fournisseurs de services de médias seront par ailleurs à même de mettre un terme à la grande majorité des situations d'infraction aux dispositions de la Directive SMAV. Par conséquent, il est plus logique que la réglementation et la supervision s'adressent à eux.

4. Média de masse

La Directive SMAV évoque à plusieurs reprises¹⁷ le caractère de média de masse des services de médias audiovisuels. Un service de médias audiovisuels doit être destiné à être reçu par une part importante de la population et être susceptible d'avoir sur elle un impact manifeste ; sa fonction doit être d'informer, de divertir et d'éduquer. Le considérant 22 dispose clairement que cette définition doit exclure toute forme de correspondance privée, comme les messages électroniques. Ce dernier exemple semble plutôt superflu, dans la mesure où les courriels n'ont généralement aucun caractère audiovisuel et ne sauraient donc, en tout état de cause, être considérés comme des services de médias audiovisuels. Les communications par chat vidéo sont généralement exclues elles aussi de cette réglementation.

Au-delà de l'exclusion des communications privées de la définition des services de médias audiovisuels, la référence aux médias de masse ne constitue pas réellement un critère distinctif. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne les services de médias audiovisuels en ligne, qui peuvent généralement être reçus par un vaste public. Il est difficile d'évaluer si un fournisseur de services de médias a l'intention de toucher une large audience, car il s'agit là d'un critère assez subjectif. Par ailleurs, l'impact sur le public est pratiquement impossible à mesurer, car les services, du fait qu'ils sont « à la demande », ne sont pas consommés au même moment par tous les spectateurs, si bien que leur portée et leur impact (ne) se cumulent (qu') au fil du temps. Le CvdM ne compte pas considérer comme des médias de masse les services dont les spectateurs peuvent être identifiés comme un groupe unique – par exemple parce qu'ils se trouvent dans une zone précise, ce qui est généralement le cas pour les programmes ciblant un public particulier (« *narrowcasting* »)¹⁸. En outre, un service de médias présentant un intérêt spécifique pour une communauté locale donnée, par exemple une diffusion vidéo assurée par une église locale ou une association sportive amateur, ne sera selon toute vraisemblance pas considéré comme un service de médias audiovisuels (ni linéaire ni à la demande), en raison de son caractère nettement local.

17) Article 1, alinéa 1 a) i) ; considérants 21 et 22 de la Directive SMAV.

18) Par exemple, les séquences diffusées sur des écrans dans les centres commerciaux ou dans les stations et véhicules de transports publics.

5. Service à caractère économique

La définition de la notion de service de médias audiovisuels figurant dans l'article 1, alinéa 1 a) i), de la Directive SMAV, fait référence aux articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Selon l'article 57, les prestations de services ne sont soumises à la réglementation de l'UE que si elles sont fournies normalement contre rémunération.

Dans la mesure où un nombre croissant de services en ligne, même lorsqu'ils sont proposés par des particuliers, comportent des publicités, des parrainages ou d'autres formes de promotion (par exemple à travers des applications très accessibles telles qu'AdSense¹⁹), il semble que le critère de « service économique » ne permette de limiter la portée de la réglementation que de façon marginale. Pour y remédier, il serait possible d'instaurer un seuil calculé à partir des recettes ou du chiffre d'affaires ; c'est la solution retenue par l'Italie. Une telle approche risquerait cependant d'être considérée comme (potentiellement) discriminatoire, puisque de grands fournisseurs de services se trouveraient soumis à réglementation et à supervision, tandis que les plus petits prestataires en seraient complètement exempts, même pour des services identiques. En outre, il pourrait s'avérer ardu d'isoler les recettes découlant d'un service de vidéo sur un site web en tant que source autonome de revenus.

Dans son projet de lignes directrices, le CvdM indique que les services audiovisuels proposés par des particuliers ne seront pas considérés comme des services à caractère économique, à moins qu'ils soient fournis contre rémunération, ou que leur nature commerciale ne fasse aucun doute.

6. Conséquences potentielles pour les services

Au cours de la période qui a précédé l'élaboration de ses lignes directrices, le CvdM a défini cinq grandes catégories (potentielles) de services de médias audiovisuels à la demande, dont certaines ont fait l'objet d'une attention particulière au cours des consultations préliminaires :

- les services de télévision de rattrapage ;
- les vidéothèques en ligne ;
- les sites de vidéos émanant de journaux ou de magazines ;
- les agrégateurs ;
- les sites d'hébergement de vidéos.

Il est intéressant d'étudier si ces services seront considérés comme des services de médias audiovisuels à la demande et soumis à la réglementation relative aux médias, et si oui, dans quelle mesure.

6.1. Les services de télévision de rattrapage

Les services dits « de télévision de rattrapage » sont ceux qui soulèvent le moins de questions et de doutes, car ils répondent généralement à tous les critères de classification. Certains en ont conclu que les radiodiffuseurs traditionnels tomberaient sous le coup de la réglementation plus rapidement que les nouveaux fournisseurs de services. L'objectif principal, quoi qu'il en soit, est de réserver un traitement identique à des services similaires, indépendamment du profil du prestataire de service, afin de parvenir à des conditions de concurrence équitables.

6.2. Les vidéothèques en ligne

Les vidéothèques (de location) en ligne seront en règle générale également considérés comme des services de médias audiovisuels à la demande. Cela peut paraître curieux, dans la mesure où les vidéothèques traditionnelles ne sont habituellement pas concernés par la réglementation relative à la télévision ; il n'est toutefois pas illogique que leurs équivalents en ligne soient soumis à la réglementation relative aux services de médias audiovisuels. Ils satisfont généralement à tous les

19) AdSense est une application permettant la diffusion de publicités gérée par Google Inc. : les propriétaires de sites web peuvent s'inscrire à ce programme pour autoriser l'affichage de publicités (sous forme de texte, d'images ou de vidéos) sur leurs sites.

critères de classification et il est indéniable qu'ils visent habituellement le même public que les services de VoD classiques proposés par les radiodiffuseurs traditionnels ou les câblo-opérateurs.

6.3. Les sites de vidéos émanant de journaux ou de magazines

Les sites de vidéos émanant de journaux ou de magazines pourraient poser davantage de difficultés d'interprétation. Sans surprise, les représentants du secteur de l'édition ont tendance à préconiser l'exclusion de toutes les offres en ligne proposées par les journaux du champ d'application de la réglementation. A leurs yeux, ceci découle du considérant 28 de la Directive SMAV, lequel exclut les versions électroniques des journaux et magazines de son champ d'application. En outre, la presse étant traditionnellement moins réglementée que la radiodiffusion télévisée, certains Etats membres pourraient choisir de soustraire à cette réglementation tous les services audiovisuels proposés par les journaux.

Le CvdM a toutefois l'intention de considérer les offres vidéo autonomes proposées par les journaux ou les magazines comme des services de médias audiovisuels à la demande, dès lors qu'elles en remplissent les critères de définition. Certaines caractéristiques, telles que les fonctionnalités et la présentation, seront prises en compte afin d'évaluer le caractère autonome d'une offre vidéo. La question déterminante, ici, consiste à savoir si l'offre peut être utilisée et perçue par l'utilisateur comme un service autonome. Les vidéos ne doivent donc pas être simplement proposées en complément d'articles ; il doit être possible pour le consommateur de visionner et de comprendre ces vidéos sans nécessairement lire les articles figurant sur le site du journal ou du magazine.

6.4. Les agrégateurs

Les sites dits « agrégateurs » forment une autre catégorie identifiée par le CvdM. Ils regroupent généralement un ensemble de services de télévision de rattrapage proposés par d'autres fournisseurs de services de médias, souvent des radiodiffuseurs. Les vidéos sont fréquemment classées selon différentes catégories et peuvent faire l'objet d'une recherche ; en règle générale, elles sont mises à disposition par le biais d'une technologie d'incorporation²⁰, si bien qu'elles cessent d'apparaître sur le site de l'agrégateur dès lors qu'elles sont supprimées du site d'origine. Ainsi, bien que la composante « organisation » de la responsabilité éditoriale incombe à l'agrégateur, il n'en va pas de même pour la sélection du contenu. L'agrégateur ne saurait donc assumer l'intégralité de la responsabilité éditoriale et ne peut dès lors pas être considéré comme un fournisseur de services de médias.

6.5. Les sites d'hébergement de vidéos

Selon le considérant 21 de la Directive SMAV, la définition d'un service de médias audiovisuels exclut les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt.

Dans la plupart des cas, c'est l'utilisateur et non l'opérateur de la plateforme qui influe sensiblement sur la sélection des contenus vidéo, si bien que YouTube, Vimeo, MyVideo, LiveLeak, Dailymotion, Metacafe et de nombreux autres sites d'hébergement et d'échange de vidéos ne peuvent pas être considérés comme des fournisseurs de services de médias au sens de la Directive SMAV. Bien qu'ils puissent supprimer des contenus pour différents motifs²¹, c'est l'utilisateur qui décide du contenu à publier en ligne et à partager avec ses pairs. Ceci amène une question : ces utilisateurs individuels peuvent-ils être considérés comme des prestataires de services de médias ? La réponse est généralement négative dans la mesure où aucun catalogue n'existe et où le service ne peut pas être considéré comme une offre à caractère commercial.

Cependant, sur YouTube comme sur d'autres plateformes, les chaînes vidéo émanant de professionnels, lesquelles comprennent des catalogues de grande ampleur et s'accompagnent de publicités et d'annonces, pourraient correspondre à la définition des services de médias audiovisuels à la demande.

20) Ce type de technique permet à un utilisateur d'intégrer sur son site des vidéos ou des contenus d'une autre nature émanant de tiers, généralement en ajoutant une ligne de code spécifique au code html de son propre site.

21) Sur YouTube, c'est généralement l'un des trois motifs suivants qui déclenche la suppression des vidéos : (i) infraction aux conditions d'utilisation (par exemple en raison de scènes de nudité ou de violence gratuite dans une vidéo), (ii) détection d'un contenu protégé par le système d'identification de contenu et (iii) demande de retrait au titre du Digital Millennium Copyright Act (DMCA) américain.

Dans certains cas, YouTube en tant que tel pourrait d'ailleurs être considéré comme un fournisseur de services de médias audiovisuels. L'entreprise tend clairement à exercer une influence croissante sur le choix des contenus vidéo qu'elle met à disposition, dans la mesure où elle s'efforce de plus en plus de nouer des partenariats avec des fournisseurs de contenus professionnels, tels que des producteurs de programmes audiovisuels ou des distributeurs de films²². Ceci pose un défi de taille pour les instances de réglementation : où s'arrêtent les sites ou les chaînes d'hébergement et d'échange de vidéos qui utilisent ces plateformes, et où commencent les fournisseurs de services de médias audiovisuels ?

IV. Synthèse

En ce qui concerne les activités en ligne et les autres services de médias audiovisuels, les Pays-Bas ont comme souvent choisi de soumettre les médias publics à une réglementation plus stricte et plus détaillée. D'une manière générale, tous les contenus de médias audiovisuels relevant d'une mission de service public feront l'objet d'une réglementation aussi proche que possible de celle qui régit la télévision traditionnelle. De ce fait, les publicités figurant sur les sites des services de médias publics seront soumises à réglementation et à supervision, même lorsque ces sites ne pourront pas être considérés comme des services de médias audiovisuels à la demande. Pour préciser les modalités et l'étendue de l'application des règles générales relatives à la publicité qui figurent dans la loi de 2008 relative aux médias, le CvdM a élaboré des lignes directrices.

S'agissant des services de médias à caractère commercial, le régime applicable est fondamentalement différent. Les services en ligne ainsi que les autres activités nouvelles touchant aux médias ne seront régis par la loi de 2008 que s'ils correspondent à la définition des services de médias audiovisuels à la demande, voire des services linéaires. Ainsi, les sites web et les autres services qui ne peuvent pas être considérés comme des services de médias (à la demande) seront exclus du champ d'application de la réglementation et ne seront pas tenus de s'enregistrer auprès du CvdM. La loi relative aux médias de 2008, qui porte transposition de la Directive SMAV à compter de la fin de l'année 2009, reprend fidèlement la formulation des articles et considérants de la directive.

Après avoir consulté les différentes parties prenantes, le CvdM est actuellement en train de finaliser ses lignes directrices pour la classification des services de médias à caractère commercial. Il y précise et détaille les conditions dans lesquelles un service proposé par un prestataire commercial peut être considéré comme un service de médias audiovisuels. En raison de leur acception trop large, les notions de « média de masse » et de « service à caractère économique » ne constituent pas des critères suffisants pour exclure certains services du champ de la réglementation. Ce n'est en revanche pas le cas de termes tels que « vidéo », « catalogue », « finalité principale » et « responsabilité éditoriale », lesquels font l'objet de définitions plus détaillées dans le projet de lignes directrices.

L'une des grandes questions restera de savoir comment traiter les cas dans lesquels des prestataires de services distincts sont responsables des différents aspects de la sélection et de l'organisation des contenus. Les plateformes et les services d'hébergement et d'échange de vidéos, tels que YouTube et bien d'autres encore, constituent un défi particulier. On constate très nettement que les contenus vidéo proposés sur les plateformes de ce type sont de plus en plus souvent professionnels, et qu'ils sont susceptibles dans certains cas de relever de la responsabilité éditoriale des propriétaires de chaînes, de YouTube, ou d'opérateurs du même type. Si l'on songe au nombre considérable de services qui pourraient dès lors nécessiter une supervision, les autorités de régulation ont légitimement intérêt à établir des définitions claires, dont le champ ne soit pas trop large.

Enfin et surtout, la principale difficulté pour les législateurs nationaux et les autorités de réglementation consiste à suivre le rythme rapide de l'évolution des technologies. Les définitions et classifications peuvent facilement se trouver dépassées avant même d'avoir été entérinées, en raison de l'apparition de nouvelles tendances et de nouvelles technologies. A cet égard, le processus de mise en œuvre de la Directive SMAV pourrait au final ressembler à une tentative permanente de viser une cible mouvante.

22) Le 10 mai 2011, Google a annoncé l'enrichissement de sa plateforme vidéo YouTube, avec 3 000 nouveaux films disponibles à la location et au visionnage à la demande pour les utilisateurs basés aux Etats-Unis. Il s'agit d'un partenariat noué par YouTube avec Universal, Sony Pictures et Warner Bros. Le nombre total de films disponibles en streaming sur la plateforme vidéo s'élève ainsi désormais à quelque 6 000 titres.

Allemagne : quelques aspects de la réglementation des communications commerciales dans les services audiovisuels à la demande

*Alexander Scheuer**
Institut du droit européen des médias (EMR)

L'article qui suit présente l'approche adoptée par l'Allemagne pour réglementer les communications commerciales dans les services audiovisuels à la demande. La première partie offre un aperçu de la législation et de la réglementation en vigueur (en tenant compte des codes de bonnes pratiques), des autorités compétentes et des institutions de corégulation ou d'autorégulation, ainsi que des procédures appliquées par celles-ci. Cette vue d'ensemble est suivie, dans la deuxième partie, d'une série d'exemples qui illustrent en particulier (i) les services à la demande couverts par les différentes législations/réglementations ; et (ii) l'autorité et/ou l'instance de corégulation ou d'autorégulation responsables de la mise en œuvre des dispositions en vigueur. La troisième partie comporte une analyse des différentes approches (approche traditionnelle par opposition à l'autorégulation et à la corégulation) et quelques remarques de conclusion.

Nous nous attacherons à montrer que les choix retenus par le législateur allemand ne débouchent pas nécessairement sur un dispositif pleinement cohérent. Au contraire, il semble que la réglementation d'Etat, traditionnelle, serve à mettre en œuvre des objectifs de politique publique pour un certain type de services, tandis que la corégulation paraît poursuivre le même objectif pour un autre type de service. Selon toute vraisemblance, ce choix ne tient donc pas à la logique des différents objectifs réglementaires, mais s'explique par la culture et la tradition réglementaires du pays.

I. Législation et réglementation en vigueur, autorités compétentes, instances de corégulation ou d'autorégulation et procédures

1. Un partage de compétences pour légiférer sur les services audiovisuels à la demande

En Allemagne, chacun des 16 Länder (ou Etats fédérés) dispose de compétences législatives en matière de services de médias (et de biens médiatiques, tels que la presse écrite) et peut notamment légiférer dans le domaine des communications commerciales. S'agissant des médias radiodiffusés (télévision et radio), ainsi que de ce qu'il est convenu d'appeler les « Telemedien » (services de télé-médias, voir ci-après 1.1), les Länder ont adopté des dispositions dans le cadre du Traité inter-Länder sur la radiodiffusion (*Rundfunkstaatsvertrag*, RStV¹) et, pour les cas où la publicité, le parrainage et le téléachat sont susceptibles d'avoir une incidence sur la protection des mineurs, dans le cadre du Traité

* Alexander Scheuer est avocat, directeur général et membre du conseil d'administration de l'Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles.

1) Une traduction non officielle du texte en anglais est disponible sur :

http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Rechtsgrundlagen/Gesetze_aktuell/13._RStV-englisch.pdf

inter-Länder relatif à la protection des mineurs dans les médias (*Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, JMStV*²).

Par ailleurs, il incombe au Bund (l'Etat fédéral) de légiférer sur les activités économiques, dont font partie les communications commerciales. Les dispositions qui concernent les communications commerciales relèvent de la loi sur les télémedias (*Telemediengesetz, TMG*³), de la loi transitoire sur le tabac, de la loi contre la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*) ainsi que d'autres textes (relatifs par exemple à la publicité pour les médicaments, les traitements médicaux ou les aliments).

La TMG, le RStV et le JMStV portent transposition de la directive sur le commerce électronique de 2000 ainsi que de la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV). Cette dernière a également été en partie transposée à travers la loi transitoire sur le tabac.

1.1. Définitions juridiques des services de télémedias

Plus précisément, le *Rundfunkstaatsvertrag* (conclu entre les Länder allemands) régleme différents types de services de télémedias. Les télémedias sont des services d'information et de communication destinés à être reçus par le grand public. Parmi eux figurent l'équivalent de ce que la Directive SMAV définit comme des services de médias audiovisuels non linéaires (article 58, alinéa 3, première phrase du RStV), mais aussi des services ayant (au moins en partie) une dimension journalistique et rédactionnelle (article 55, alinéa 2 du RStV) et enfin les « simples » télémedias (article 55, alinéa 1 du RStV). Pour ces deux dernières catégories, la notion de télémedia va donc au-delà de la définition des services de médias audiovisuels non linéaires, ce qui tient au fait que les deux textes régissant ce domaine, le RStV et la TMG, portent transposition non seulement de la Directive SMAV mais aussi de la directive sur le commerce électronique.

Conformément au principe de « régulation graduée » (*abgestufte Regulierungsdichte*) ancré de longue date en Allemagne, les services de télémedias de type télévisuel sont soumis à des règles plus strictes, en particulier s'ils font l'objet d'un accès payant à la carte (article 58, alinéa 3, deuxième phrase du RStV), tandis que les « simples » services de télémedias, à l'autre extrémité du spectre, ne sont soumis qu'à des dispositions minimales⁴.

La loi (fédérale) sur les télémedias s'applique à tous les types de services d'information et de communication, exception faite des services basés sur les télécommunications et des services de radiodiffusion. Elle fixe quelques règles de base relatives aux communications commerciales dans les télémedias (article 6 de la TMG).

1.2. Mise en œuvre des dispositions par les autorités compétentes au niveau des Etats fédérés

En règle générale, il incombe à l'administration (et au système judiciaire) des Länder de mettre en œuvre les lois. C'est la raison pour laquelle les différents Etats fédérés désignent habituellement une autorité compétente en matière de surveillance et d'application des lois. Il est important de noter qu'en

2) Une traduction non officielle du texte en anglais est disponible sur : http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Rechtsgrundlagen/Gesetze_aktuell/_JMStV_Stand_13_RStV_mit_Titel_english.pdf

3) Une version antérieure de la TMG a été traduite en anglais à des fins d'information par le Center for German Legal Information de Berlin et est disponible sur : http://www.cgerli.org/fileadmin/user_upload/interne_Dokumente/Legislation/Telemedia_Act_TMA_.pdf

4) On notera que le RStV instaure également une réglementation relative aux « Plattformen » (plateformes). Un fournisseur de plateforme y est défini comme une personne qui, en utilisant des ressources numériques ou numérisées, agrège des services de radiodiffusion (y compris émanant de tiers) et des services de télémedias pouvant s'apparenter à la radiodiffusion, ou décide des services mis à disposition dans un bouquet (pack) (article 2, alinéa 2, point 13). Des exceptions aux règles en vigueur sont prévues entre autres (i) pour les plateformes opérant sur des réseaux ouverts (de type internet ou UMTS) dont le fournisseur n'occupe pas une position dominante sur le marché considéré ; et (ii) pour les plateformes qui se cantonnent au simple transport de données (article 52, alinéa 1, phrase 2, points 1 et 2). Il est intéressant de noter que toutes les plateformes sont concernées par l'interdiction de modifier le contenu ou les caractéristiques techniques des programmes radiodiffusés, ou encore le contenu des services de télémedias apparentés à la radiodiffusion, mais aussi par l'interdiction d'inclure des programmes individuels ou d'autres contenus dans des packs, ou de commercialiser les programmes par un autre biais (à titre onéreux ou gracieux), sans le consentement du radiodiffuseur.

Allemagne, le contrôle des services proposés par les radiodiffuseurs fait l'objet d'une responsabilité partagée. Il est réalisé « en interne » par les instances compétentes en ce qui concerne les radiodiffuseurs de service public, d'une part⁵, tandis que les Landesmedienanstalten (offices régionaux de régulation des médias) contrôlent les fournisseurs commerciaux en ce qui concerne (au moins) la radiodiffusion, d'autre part.

La Commission d'agrément et de contrôle (Kommission für Zulassung und Aufsicht, ZAK) est l'instance commune mise en place par les différents offices régionaux des médias, qui supervise de manière générale les pratiques des *radiodiffuseurs* commerciaux en matière de communications commerciales (article 35, alinéa 2, point 1 du RStV). En cas d'infractions présumées aux dispositions relatives aux communications commerciales, c'est le chargé d'affaires aux programmes et à la publicité (Beauftragter für Programm und Werbung), agissant au nom de la ZAK, qui élabore les décisions. Une procédure peut être ouverte soit à la suite de plaintes portées à la connaissance des offices régionaux des médias, soit sur la base de leurs propres activités de surveillance. La ZAK adopte ses décisions par vote à la majorité de ses membres statutaires (au nombre de 14) ; celles-ci doivent être motivées par des éléments de fait et de droit, et sont mises en œuvre par l'office régional compétent (article 35, alinéa 9 du RStV). Aucune disposition du RStV ne spécifie l'instance chargée de veiller au respect des règles relatives aux communications commerciales dans les *services de télémédias*. Néanmoins, dans la majorité des Etats fédérés allemands, cette tâche est confiée à l'office des médias compétent⁶.

Lorsque cette responsabilité incombe à l'office des médias, la ou les instance(s) compétente(s) et les procédures applicables sont régies par des dispositions particulières, spécifiques au secteur, et/ou par la législation générale du Land ou des Länder⁷, ainsi que par la loi (fédérale) sur les infractions administratives. Parmi les sanctions possibles, on trouve des mesures telles que des blâmes (doublés d'un ordre de mettre fin à l'infraction existante et de s'abstenir d'en commettre de nouvelles à l'avenir), la publication de la décision par le fournisseur, ainsi que des sanctions financières (pouvant comprendre le recouvrement des avantages résultant des irrégularités⁸). L'application de la loi doit être laissée au ministère public compétent lorsque l'infraction est également constitutive d'un crime.

1.3. Législation générale (non spécifique aux médias) sur les communications commerciales

En complément de la législation propre aux médias, différentes lois s'appliquent et en particulier celle contre la concurrence déloyale, ou UWG (voir l'article 6, alinéa 3 de la TMG). Ce texte régit les pratiques déloyales et trompeuses (et porte notamment transposition de la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales⁹). Elle définit la notion de « code de bonnes pratiques » et déclare trompeuse la pratique consistant pour une personne à prétendre qu'elle respecte un code de bonnes pratiques donné alors que ce n'est pas le cas (article 5, alinéa 1, point 6 de l'UWG). L'un des exemples cités pour illustrer la notion de pratique commerciale déloyale est le défaut d'identification du caractère publicitaire d'une pratique commerciale (article 4, point 3 de l'UWG). En outre, comme la directive sur les pratiques commerciales déloyales, l'UWG énumère en annexe les activités considérées dans tous les cas comme déloyales. Parmi elles, citons : (i) le fait d'affirmer faussement avoir signé un code de bonnes pratiques (n° 1) ; (ii) le fait, pour une entreprise, d'utiliser des contenus rédactionnels à des fins de promotion, sans que ces contenus ou la façon dont ils sont présentés, visuellement ou acoustiquement, ne soient parfaitement clairs à cet égard (« publicité maquillée en information », n° 11) ;

5) Dans la suite de cet article, nous n'approfondirons pas la réglementation applicable aux services de médias audiovisuels à la demande proposés par les radiodiffuseurs de service public ; certains aspects importants en la matière sont développés dans Christian M. Bron, « Le financement et le contrôle des offres des radiodiffuseurs de service public », in Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), *Médias de service public : pas de contenu sans financement*, IRIS plus 2010-4, point IV.1. (p. 19).

6) Aux termes de la *Telemedienzuständigkeitsgesetz Nordrhein-Westfalen* (loi du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie relative à la compétence en matière de services de télémédias), il ne s'agit exceptionnellement pas de l'instance de régulation des médias, mais d'une autre instance du Land. Cette loi peut être consultée (en allemand) sur : https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?anw_nr=2&gld_nr=2&uql_nr=2251&bes_id=10245&aufgehoben=N&menu=1&sg=

7) Dans deux cas, deux Länder (ceux de Berlin et du Brandebourg, d'une part, ceux de Hambourg et du Schleswig-Holstein, de l'autre) ont mis sur pied une autorité commune en matière de médias (respectivement le mabb et la MA-HSH).

8) Voir <http://merlin.obs.coe.int/iris/1997/7/article17.fr.html>

9) Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales », JO n° L 149 du 11 juin 2005, p. 22-39).

(iii) le fait d'exhorter directement les mineurs à acquérir les biens ou les services faisant l'objet d'une publicité, ou à inciter leurs parents ou d'autres adultes à le faire (n° 28).

Les infractions présumées sont jugées par les tribunaux soit au regard de ces interdictions, soit au vu des dispositions générales de l'UWG dès lors qu'un comportement sur le marché est déloyal, trompeur ou constitue une intrusion inacceptable (articles 3, 5 ou 7). Le tribunal enjoint à l'entreprise de mettre un terme à la pratique constitutive de l'infraction. En cas de risque de récidive, il émet une injonction (« injonction de cessation », pouvant également être obtenue ex ante). Il peut en outre accorder des dommages et intérêts, et exiger le remboursement éventuel des gains tirés de l'infraction. En principe, les parties susceptibles de porter plainte contre le contrevenant (par exemple ses concurrents, les organisations visant à garantir une concurrence loyale ou d'autres organisations jouissant d'un statut privilégié, telles que des associations de protection des consommateurs) doivent d'abord tenter d'amener l'auteur présumé de l'infraction à s'engager formellement à s'abstenir de répéter la pratique considérée, avant d'engager une procédure judiciaire.

Les dispositions de l'UWG au sujet des codes de bonnes pratiques sont fondamentales, tout d'abord, dans la mesure où les codes de ce type constituent des instruments essentiels de corégulation et d'autorégulation. Par ailleurs, l'UWG a son importance car les interdictions qu'elle formule à l'égard de certaines pratiques commerciales ont une portée générale pour bon nombre de services à la demande. Elle est particulièrement intéressante dans le cas des services à la demande qui ne sont pas assimilés, en droit allemand, à des services de médias audiovisuels non linéaires au sens des dispositions transposant la Directive SMAV, ce qui devrait dispenser ces services de respecter l'ensemble des règles plus strictes qui s'appliquent aux services non linéaires. Dans les faits, cependant, ces services sont soumis aux dispositions équivalentes contenues dans l'UWG. Ainsi, l'interdiction générale de dissimuler le caractère publicitaire d'une pratique commerciale (article 4, point 3 de l'UWG) et a fortiori l'interdiction visant plus précisément la publicité maquillée en information (point 11 de l'annexe à l'UWG) peuvent indéniablement produire le même effet que les interdictions frappant la publicité clandestine ou l'obligation d'identifier le parrainage et le placement de produit dans le droit allemand relatif aux médias.

2. Corégulation et/ou autorégulation dans le domaine des communications commerciales

Le droit allemand des médias prévoit en plusieurs endroits des liens avec l'autorégulation. En fonction de l'aménagement législatif permettant ces liens, on a même parfois affaire à des formes de corégulation.

C'est notamment le cas en ce qui concerne les communications commerciales télévisées portant sur les boissons alcoolisées. Sur ce point, les lignes directrices communes des offices des médias relatives à la publicité, au parrainage et au téléachat adoptées en février 2010 (n° 2, paragraphe 4) font référence aux lignes directrices correspondantes de la Fédération allemande de la publicité (Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft, ZAW) et du Conseil allemand de vérification de la publicité (Deutsches Werberat). Ces principes communs évoquent également le code de bonnes pratiques relatif au placement de produit qui doit (encore) être adopté conjointement par les radiodiffuseurs, les associations du secteur publicitaire et les producteurs (n° 4, paragraphe 11). La mise en œuvre du JMStV relève désormais de la corégulation, dans la mesure où l'instance compétente dépendant des offices des médias, la KJM, a habilité une instance d'autorégulation pour la protection des mineurs, moyennant le respect de plusieurs conditions (voir ci-après, point 2.2). C'est à elle qu'incombe dorénavant au premier chef la responsabilité de l'application du JMStV (et de son contrôle).

S'agissant de la publicité pour les produits alimentaires, l'exposé des motifs (*Begründung*) du 13^e Traité portant modification du traité inter-länder sur la radiodiffusion, entré en vigueur en avril 2010, fait référence aux lignes directrices relatives aux communications commerciales sur les produits alimentaires établies par la ZAW, dans leur version modifiée en 2009. Comme elle l'a indiqué dans un communiqué de presse en mars 2011, la ZAK (Commission d'agrément et de contrôle) se réjouit que les différents fournisseurs accueillent de plus en plus favorablement les dispositifs d'autorégulation dans le domaine du commerce électronique à distance. Elle a encouragé les offices régionaux des médias, qui délivrent les autorisations nécessaires aux opérateurs proposant des programmes de téléachat, à suggérer aux radiodiffuseurs titulaires des licences de s'affilier à la section européenne de l'Electronic Retailing Association (association pour la vente électronique, ERA).

2.1. Communications commerciales et protection des consommateurs en général

Il existe en Allemagne une longue tradition d'autorégulation en ce qui concerne les communications commerciales. La principale institution responsable de l'adoption et de la mise en œuvre des normes en la matière est le Conseil allemand de vérification de la publicité (Deutsches Werberat), lequel est lui-même une émanation de la ZAW. Cette dernière est composée d'associations des quatre secteurs suivants : (i) les secteurs qui commandent des publicités ; (ii) les entreprises qui réalisent des campagnes de communication commerciale (presse écrite et médias électroniques, campagnes d'affichage) et produisent les supports correspondants (prospectus, affiches, spots) ; (iii) les agences média ; et (iv) les professionnels de la publicité et les instituts de recherche publicitaire. Le conseil de direction de la ZAW (Präsidium) élit dix personnes parmi les représentants de ses associations membres afin de constituer le Werberat, lequel peut décider de s'adjoindre les services d'autres experts. Le Werberat fixe des normes relevant de l'autorégulation, dont l'adoption définitive incombe au « Präsidialrat » de la ZAW (l'assemblée générale des organisations membres) ; il a ainsi établi plusieurs codes de bonnes pratiques, entre autres sur la publicité pour les boissons alcoolisées, ainsi que des lignes directrices relatives aux communications commerciales portant sur les produits alimentaires.

Conformément à son règlement intérieur, le Werberat peut engager des procédures d'office ou sur la base des plaintes qui lui sont communiquées (sans frais pour le plaignant). A moins que celles-ci soient manifestement infondées, il peut aussi transmettre les plaintes à d'autres instances spécialisées, telles que la Centrale de la protection contre la concurrence déloyale (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs), ou aux services du procureur général s'il constate une infraction manifeste aux normes juridiques. Il peut enfin les transmettre à l'Association pour la publicité loyale en matière de médicaments (Verein für lautere Heilmittelwerbung) si elles concernent des communications commerciales de ce type, ou au dispositif d'autocontrôle de l'industrie du tabac (Selbstkontrolle der Zigarettenindustrie) si elles portent sur un thème du ressort de cette instance.

Le mécanisme de plainte se décompose comme suit :

- Dès réception de la plainte, l'entreprise pour le compte de laquelle est effectuée la communication commerciale et/ou l'agence média qui en est responsable se voient offrir la possibilité d'émettre des observations.
- Si l'annonceur en cause s'engage à modifier la campagne en conséquence, ou à y mettre fin complètement, la procédure est déclarée close ; dans certains cas, le Werberat peut néanmoins se prononcer sur le fond de l'affaire.
- Si l'annonceur ne tient pas (pleinement) compte de la plainte ou n'y réagit pas, le Werberat rend son avis en recourant à une procédure écrite. Si l'affaire revêt une importance substantielle, il prend sa décision après avoir débattu de la plainte en session plénière ; les décisions sont adoptées à la majorité simple des membres votant.
- Si le Werberat soutient la plainte et émet un avertissement, l'entreprise est priée de s'engager à ajuster sa campagne ou à y mettre fin.
- Si l'entreprise ne se montre pas disposée à appliquer la décision du Werberat ou ne réagit pas à celle-ci, le Werberat peut en faire état publiquement.
- Parallèlement, s'il le juge utile, le Werberat peut informer le média diffuseur de la campagne quant à (l'état d'avancement de) la procédure et à son résultat.

Le Werberat ne prévoit pas de procédure de conseil en amont (en anglais « *copy advice* »), c'est-à-dire qu'il n'y aura pas d'évaluation préalable des campagnes marketing envisagées¹⁰.

2.2. Les communications commerciales et la protection des mineurs

Le JMStV régleme la publicité, le téléachat et le parrainage dans les services (de radiodiffusion ainsi que) de télémedias en ce qui concerne la protection des mineurs. Les communications commerciales ne doivent pas nuire à l'épanouissement physique ou moral des mineurs, comme le précise le JMStV (article 6, alinéa 2). L'organisme baptisé Autorégulation volontaire des prestataires de services multimédias (Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter, FSM) a été agréé en 2005 ; il compte parmi ses membres des associations et des entreprises du secteur internet (médias et FAI). Aux termes de son

10) Pour de plus amples informations sur ce qui précède, voir notamment : <http://www.werberat.de/content/Keyfacts.php>

code de bonnes pratiques général, ses membres sont notamment tenus de respecter les dispositions de l'article 6 du JMStV.

Pour qu'un prestataire puisse devenir membre de cette instance, ses services doivent respecter les lois et codes en vigueur. Un comité spécial s'assure généralement en amont que tel est le cas : le système est ainsi conçu de façon à limiter d'emblée les cas potentiels de non-respect.

Un fournisseur de services de télémedias membre de la FSM ne peut être poursuivi pour infraction aux dispositions du JMStV si les deux conditions suivantes sont réunies : (i) l'instance d'autorégulation conduit sa propre évaluation, a posteriori, de la mesure publicitaire en cause et estime qu'elle ne constitue pas une violation des règles ; et (ii) cette décision ne va pas à l'encontre du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'institution pour adopter ses conclusions (article 20, alinéa 5 du JMStV). Soit la KJM « saisit » la FSM et est ainsi à l'initiative de la procédure, soit la FSM agit sur la base d'une plainte, ce qui est plus fréquent.

Le bureau des plaintes de la FSM traite les requêtes selon ses propres règles de procédure :

- Il examine tous les aspects de l'affaire concernée et permet au défendeur de présenter son point de vue dans un délai déterminé.
- Le défendeur a la possibilité de prendre des mesures correctives.
- Si le fournisseur ne modifie pas le contenu de l'offre en cause, la personne chargée du dossier transmet la plainte pour arbitrage à une commission des plaintes indépendante.
- La commission doit s'efforcer, à toutes les étapes de la procédure, de parvenir à un règlement à l'amiable du litige entre le plaignant et le défendeur. Si cela s'avère impossible, elle peut mettre en œuvre des mesures spécifiques.
- Selon la gravité de l'infraction, les sanctions peuvent prendre la forme d'un avis et d'une demande de mesures correctives, mais aussi d'un avertissement, ou encore d'une sanction interne à l'instance (sanction financière ou exclusion).
- La décision est publiée (avec citation nominative de l'entreprise) dans le cas des avertissements, des sanctions financières et des exclusions de l'association. Tout avertissement doit également être publié pendant un mois sur le site web du fournisseur concerné.
- Si la décision concerne un service de contenus et si le fournisseur de celui-ci ne tient pas compte de la décision rendue, la FSM peut en avvertir l'hébergeur et demander que l'offre soit supprimée ou rendue inaccessible. Si le fournisseur de services en cause n'adopte pas de mesures correctives ou ignore les sanctions de façon répétée, il peut être privé de sa qualité de membre de la FSM¹¹.

II. Exemples de régulation des communications commerciales dans différents types de services audiovisuels à la demande

Les exemples de régulation des communications commerciales présentés ci-après ont été choisis en fonction de trois critères.

Tout d'abord, ils devaient illustrer d'une part le type de règles qui s'appliquent aux services de télémedias relevant de la définition des services de médias audiovisuels à la demande contenue dans la Directive SMAV, et d'autre part le type de règles s'appliquant aux services de télémedias qui sont de nature audiovisuelle mais ne satisfont néanmoins pas (tous) les critères de la Directive SMAV.

Par ailleurs, dans le choix effectué parmi les différents domaines de la régulation des communications commerciales, les exemples devaient refléter des scénarios concrets illustrant la mise en œuvre de « l'approche graduée ». Les cas sélectionnés concernent la protection des mineurs, les boissons alcoolisées et les produits alimentaires.

Enfin, ces exemples devaient permettre d'expliquer le choix de tel ou tel outil de régulation. Ils mettent ainsi en lumière les cas dans lesquels l'Allemagne a opté pour un panachage de réglementation étatique traditionnelle et d'autorégulation (c'est-à-dire pour un modèle de corégulation), ceux dans lesquels l'autorégulation complète (simplement) la réglementation traditionnelle et, en dernier lieu,

11) Cette description s'appuie sur le contenu du site de la FSM, où l'on pourra trouver de plus amples informations, voir <http://www.fsm.de/en/>

les cas dans lesquels les communications commerciales peuvent être soumises selon les circonstances soit à la réglementation de l'État soit à l'autorégulation.

1. La protection des mineurs dans les communications commerciales

1.1. Règles applicables à tous les types de services audiovisuels à la demande

L'article 9(1)(g) de la Directive SMAV a été transposé en droit allemand de telle sorte que ses dispositions s'appliquent à tous les types de services de télémedias (voir l'article 6, alinéa 2 du JMStV). En outre, aux termes du JMStV, les communications commerciales dont le contenu est susceptible de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs doivent être tenues à l'écart des autres contenus destinés aux mineurs (article 6, alinéa 3 du JMStV).

La mise en œuvre de cet ensemble de règles est confiée au dispositif de corégulation comprenant d'une part l'instance d'autorégulation, la FSM, et d'autre part la KJM, qui agit au nom des offices régionaux des médias. Il se peut (à l'avenir) que l'autorégulation ait un certain rôle à jouer : le Werberat deviendra alors l'instance responsable si le champ d'application des lignes directrices relatives à la protection des mineurs est étendu de façon à englober aussi les médias en ligne¹².

1.2. Règles applicables aux services de médias audiovisuels à la demande

S'agissant des services de télémedias qui correspondent à la définition des services non linéaires contenue dans la Directive SMAV, un certain nombre de dispositions doivent être respectées en complément des règles mentionnées ci-dessus. Ainsi, le placement de produit (stricto sensu) ainsi que les accessoires de production d'une valeur non négligeable sont proscrits dans les programmes pour enfants (articles 7, 15 et 44 du RStV) et il est interdit de montrer le logo d'un sponsor (article 8 et article 58, alinéa 3, phrases 1 et 2 du RStV). En outre, dans le cas d'un service de médias audiovisuel à la demande mis à disposition moyennant un système de paiement à la carte pour chaque programme (« pay-per-view »), les émissions pour enfants ne peuvent être interrompues par des spots de publicité ou de téléachat (article 7a et article 58, alinéa 3, phrase 2 du RStV).

En fonction de la situation juridique dans le Land ayant compétence sur le fournisseur de services, l'autorité en charge des médias ou toute autre instance désignée peut veiller à l'application de ces règles supplémentaires. Là encore, il est possible qu'à l'avenir, toujours à titre complémentaire, le Werberat soit chargé de mettre en œuvre son code de bonnes pratiques, lequel ne couvre à ce jour que les services radiophoniques et télévisuels. Notons cependant qu'une telle évolution vers un système complémentaire d'autorégulation semble peu envisageable, ou seulement en ce qui concerne les dispositions applicables à tous les services de télémedias tels que décrits ci-dessus (1.1) (et non pour les services de télémedias assimilables à des services de médias audiovisuels).

2. Communications commerciales portant sur les boissons alcoolisées

2.1. Règles applicables à tous les types de services audiovisuels à la demande

D'une manière générale, les communications commerciales relatives aux boissons alcoolisées ne peuvent ni être spécifiquement destinées aux mineurs ni présenter un attrait particulier pour eux du fait de leur présentation, et ne peuvent pas non plus montrer des mineurs consommant de l'alcool (article 6, alinéa 5 du JMStV). Le code de bonnes pratiques de la ZAW et du Werberat en la matière comporte des dispositions nettement plus détaillées, qui abordent les points suivants : consommation abusive, mineurs, représentation de sportifs professionnels, sécurité, messages relatifs aux maladies, teneur en alcool, effet des boissons sur l'anxiété, les inhibitions, les situations de conflit, les performances physiques, le succès sexuel ou le succès en société et enfin, l'âge des personnes représentées.

12) Voir l'article (en allemand) consacré aux codes de bonnes pratiques, au Werberat et au mécanisme de plainte en matière de publicité en ligne (instauré en 1997), in : Deutscher Werberat (éd.), *Jahrbuch 2011*, p. 65.

Là encore, la mise en œuvre de cet ensemble de règles est confiée au dispositif de corégulation comprenant d'une part l'instance d'autorégulation, la FSM, et d'autre part la KJM, qui agit au nom des offices régionaux des médias. En pratique, toutefois, du fait du plus grand degré de précision des règles adoptées par la ZAW et le Werberat, il est vraisemblable que ce soit ce dernier qui en assure à l'avenir l'application.

2.2. Règles applicables aux services de médias audiovisuels à la demande

Dans le cas des services à la demande de type télévisuel, l'interdiction légale de promouvoir la consommation excessive de boissons alcoolisées dans la publicité, le téléachat et le parrainage (article 58, alinéa 3, phrases 1 et 2, article 7, alinéa 10 du RStV) doit être respectée. Il n'est cependant pas certain que cette règle s'applique également au placement de produit.

S'agissant de la radiodiffusion télévisuelle, l'application des règles mentionnées plus haut devrait être confiée à un dispositif de corégulation (voir point I. 2. ci-dessus), mais en ce qui concerne les services à la demande, la mise en œuvre de l'interdiction légale évoquée au paragraphe précédent incombe au premier chef à l'autorité régionale en charge des médias ou à une autre instance de l'État fédéré ayant compétence sur le fournisseur de services. Pour tous les autres types de services de télé-médias, ce sont la ZAW et le Werberat qui assurent l'application de leur code de bonnes pratiques.

3. Les communications commerciales portant sur les produits alimentaires, et notamment les produits riches en graisses, en sel et en sucre

Le droit allemand ne prévoit pas de dispositions légales spécifiques (propres aux médias) sur les communications commerciales relatives aux produits alimentaires. En outre, les règles contenues dans le code de bonnes pratiques de la ZAW et du Werberat ne font pas de distinction entre les divers types de médias considérés, et en particulier entre les différents services à la demande (services audiovisuels et services de médias audiovisuels). Les dispositions générales en vigueur interdisent, entre autres, l'incitation à une consommation excessive/exclusive de ces produits, ainsi que la présentation négative des modes d'alimentations visant à éviter les produits riches en graisses, en sel et en sucre. S'agissant plus particulièrement des communications commerciales s'adressant aux enfants, il est interdit d'isoler un produit alimentaire ou une boisson en les présentant comme une composante indispensable d'un repas complet. En outre, les communications commerciales ne doivent pas porter entrave à l'adoption d'un mode de vie sain et actif, ni à celle d'habitudes alimentaires équilibrées et saines.

La mise en œuvre et l'exécution de ce code relèvent une fois de plus de la compétence de la ZAW et du Werberat, et prennent par conséquent la forme d'un dispositif d'autorégulation.

III. Analyse et conclusion

Les exemples présentés dans la partie qui précède révèlent tout d'abord, indépendamment (la plupart du temps) des objectifs de politiques publiques poursuivis, qu'une situation de concurrence équitable entre les services de médias audiovisuels à la demande (au sens de la Directive SMAV) et les autres services audiovisuels à la demande n'existe « que » lorsque les dispositions en vigueur sont d'ordre plus général¹³. Ceci reflète fondamentalement l'« approche graduée », c'est-à-dire le fait que le régime juridique soit plus strict lorsqu'un service s'apparente davantage à la télévision, notamment au regard de son impact potentiel sur les individus et sur la formation de l'opinion publique.

En deuxième lieu, en ce qui concerne la protection des mineurs et les communications commerciales relatives aux boissons alcoolisées, la mise en œuvre des principes de base peut se faire au moyen de la corégulation et de l'autorégulation. A y regarder de plus près, il transparaît, d'une part, que pour assurer la protection des mineurs dans les communications commerciales, il est préférable de recourir à la corégulation (à travers les dispositions du JMStV et leur application par l'institution d'autorégulation

13) Comme on l'a vu, dans le domaine des communications commerciales relatives aux produits alimentaires (et notamment à ceux à haute teneur en graisse, sucre et sel), aucune distinction n'est faite en fonction des services proposés. En outre, la mise en œuvre de l'objectif de politique publique est entièrement laissé à l'autorégulation.

agrée, la FSM, sous le contrôle de la KJM) ; d'autre part, la mise en œuvre des règles générales relatives aux communications commerciales portant sur les boissons alcoolisées, c'est-à-dire des règles qui ne concernent pas la protection des mineurs telle qu'elle est abordée par le JMStV, relève principalement de l'instance d'autorégulation qu'est le Werberat.

Dans le cas des services entrant dans le champ d'application de la Directive SMAV au titre de services de médias audiovisuels non linéaires, les autorités en charge des médias (ou d'autres instances des Länder désignées à cet effet) sont sollicitées pour assurer un contrôle et appliquer les règles plus strictes applicables à ces services (ainsi que les sanctions, le cas échéant). Il n'existe qu'une marge de manœuvre limitée pour intégrer des instances d'autorégulation dans le système d'exécution et de mise en application, soit parce que les codes de bonnes pratiques considérés ne s'appliquent pas (encore) aux services de télémedias, soit parce que le législateur/régulateur n'a pas opté pour un modèle de corégulation dans ce domaine.

Troisièmement, si l'on considère les exemples des communications commerciales et de la protection des mineurs en tant qu'objectifs généraux de politique publique, on constate que l'application d'une partie des dispositions en vigueur (qui sont soit équivalentes aux articles 11(3) et 10(4) phrase 2 de la Directive SMAV, soit plus strictes que son article 20(2), phrase 2) vis-à-vis des fournisseurs de services de médias audiovisuels au sens de la directive relève des autorités en charge des médias (ou des autres instances compétentes relevant des Länder). Un autre sous-ensemble de règles pertinentes dans ce domaine (équivalentes à l'article 9(1)(g) de la Directive SMAV) est mis en œuvre par un système de corégulation, quel que soit le type de services concernés. A ce jour, l'autorégulation ne joue aucun rôle complémentaire dans ce domaine, car le code de bonnes pratiques s'applique exclusivement à la télévision (et à la radio), mais pas (encore) aux services à la demande.

Il semble quelque peu prématuré de chercher à analyser la pertinence de la répartition actuelle des compétences, dans la mesure où la place de l'autorégulation sera peut-être encore amenée à évoluer. L'un des principes à l'œuvre semble néanmoins consister à appuyer (l'existence et) la mise en œuvre de dispositions plus strictes pour les services à la demande de type télévisuel sur un mécanisme inspiré du mode de réglementation des services télévisuels. Pour autant, on ne peut en conclure qu'il existe nécessairement une gradation intrinsèque entre les dispositions relatives à la présence de communications commerciales dans les programmes pour enfants et les règles visant à garantir la protection des mineurs contre les contenus et les modes de présentation des communications commerciales. Pour mémoire, le législateur a opté dans le premier cas pour une régulation traditionnelle, « d'Etat », tandis que dans le second, un système de corégulation semble satisfaire les besoins en termes de mise en œuvre. On ne peut identifier avec certitude les raisons précises qui ont présidé au choix des différents outils réglementaires, même si, au vu de l'approche retenue dans l'article 9(2) de la Directive SMAV, on ne s'étonnera pas que la protection des mineurs dans le domaine des communications commerciales relatives aux « produits alimentaires mauvais pour la santé » soit considérée comme relevant à juste titre d'un régime de pure autorégulation.

Enfin, les fournisseurs de services de médias audiovisuels non linéaires (services de télémedias de type télévisuel, notamment s'ils sont basés sur un paiement « à la carte » pour accéder à un programme donné) ne se trouveront pas seulement confrontés à une multitude de normes applicables, réparties entre divers actes législatifs et codes de bonnes pratiques. Dans le seul domaine de la protection des mineurs dans les communications commerciales, il apparaît clairement qu'ils seront également confrontés à plusieurs régulateurs de nature différente, étatique ou non, dépendant pour certains d'un régime de corégulation. A en juger par le contenu des normes correspondantes qui seront mises en œuvre par l'une ou l'autre de ces instances, il semble, fort heureusement, qu'il ne soit pas indispensable d'instaurer un niveau plus élevé de coopération. Par conséquent, le risque d'aboutir à des approches divergentes quant à l'interprétation et à la mise en œuvre des règles par les instances de régulation paraît faible.

Règles applicables			
Générales	Spécifiques à certains produits	Spécifiques à un secteur (médias électroniques)	
	<u>tous types de communications (commerciales)</u> (dans le cas des règles propres à certains produits, en fonction de l'interprétation de la portée du terme « publicité » (« Werbung »))	<u>télémedias en général</u>	<u>certaines télémedias,</u> (impact potentiel sur la formation de l'opinion des individus ou du grand public)
UWG (loi contre la concurrence déloyale) - code général de bonnes pratiques de la ZAW/Werberat	Loi transitoire sur le tabac - code de bonnes pratiques de l'industrie du tabac Loi sur la publicité pour les produits de santé - code de bonnes pratiques Code des denrées alimentaires et des aliments pour animaux - code de bonnes pratiques sur la publicité pour les produits alimentaires de la ZAW/Werberat	TMG (loi sur les télémedias)	RStV (Traité inter-Länder sur la radiodiffusion) - code de bonnes pratiques sur la publicité pour les produits alimentaires de la ZAW/Werberat Lignes directrices communes des offices des médias sur les communications commerciales télévisées - code de bonnes pratiques sur la publicité pour les boissons alcoolisées de la ZAW/Werberat - code de bonnes pratiques sur le placement de produits (reste à adopter)
	Traité inter-Länder sur les jeux de hasard		Code commun des offices des médias sur les jeux dotés d'un prix et les programmes similaires
	JuSchG (loi fédérale sur la protection des mineurs dans les médias)		JMStV (Traité inter-Länder sur la protection des mineurs) - Code de bonnes pratiques général de la FSM [- Code de bonnes pratiques sur la publicité faisant appel à des enfants et destinée à ceux-ci à la radio et à la télévision de la ZAW/Werberat]

Alexander Scheuer, « Allemagne : les communications commerciales dans les services à la demande »

Services		Contrôle de l'application
Services à la demande		Instance
<u>non concernés par la réglementation des « médias »</u>	<u>concernés par la réglementation des « médias »</u> (en raison de leur impact potentiel sur la formation de l'opinion des individus ou du grand public)	(selon le cas : action simultanée ou consécutive)
services de <u>télé</u> médias	<p>simples services de <i>télé</i>médias</p> <p>services de télémedias présentant une dimension journalistique et rédactionnelle (notamment la « presse électronique »)</p>	<p>tribunaux (civils/pénaux) autorités en charge des médias</p> <p>autres autorités dépendant de l'Etat</p> <p>instances d'autorégulation, par exemple : FSM ZAW</p>
	<p>services de médias à la demande généraux, destinés au grand public</p> <p>services de VOD de type télévisuel</p> <p>services de type télévisuel avec accès payant à la carte à chaque programme (quasi VOD)</p>	<p>Wettbewerbszentrale (Centrale de la protection contre la concurrence déloyale)</p> <p>Verein für lautere Heilmittelwerbung (Association pour la publicité loyale en matière de médicaments)</p> <p>Dispositif d'autocontrôle de l'industrie du tabac</p>

(avertissement : ce tableau ne reflète pas nécessairement des relations de corrélation ou de hiérarchie !)

Corégulation et autorégulation dans le domaine de la protection des mineurs au Royaume-Uni

*Chris Dawes**

Ministère de la Culture, des Médias et des Sports

Le présent article examine la portée de la réglementation britannique relative au contenu des services de vidéo à la demande (VoD), ainsi que quelques-uns des principes adoptés par les législateurs et les autorités de régulation, et certains défis qui se posent en lien avec ces mêmes services de VoD, tant dans le cadre de la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV) que, plus généralement, pour l'avenir.

Au Royaume-Uni, la protection des mineurs occupe naturellement une place centrale dans toute la réglementation applicable aux médias, mais elle prend des formes diverses selon les médias.

D'autres participants à cet atelier ont déjà décrit comment certains pays avaient déterminé le régime réglementaire applicable aux différents types de services : la télévision linéaire, la vidéo à la demande et le reste du World Wide Web¹.

Comme l'a indiqué Mark Cole², le Gouvernement du Royaume-Uni a en grande partie suivi les définitions de base figurant dans la Directive SMAV pour transposer celle-ci en droit national ; cette transposition a été achevée pour la date butoir de décembre 2009.

I. L'approche britannique en matière de réglementation des services de médias audiovisuels à la demande

Pour présenter les solutions réglementaires adoptées par le Royaume-Uni, il est nécessaire de revenir quelques années en arrière. Avant 2003, les services de vidéo ou de télévision à la demande étaient considérés comme relevant de la radiodiffusion et étaient réglementés par l'autorité de régulation de l'époque, l'Independent Television Commission (Commission de la télévision indépendante). Ces services existaient, mais étaient peu nombreux.

La définition juridique du terme « radiodiffusion » au Royaume-Uni datait de 1990 ; elle était donc antérieure à la généralisation de l'accès à internet et le Gouvernement britannique estimait, pour cette raison, que certains services en ligne relevaient « accidentellement » de la définition de la radiodiffusion. Fort heureusement, toutefois, l'ITC n'a jamais cherché à exercer ses responsabilités sur le web. Au vu du développement d'internet, cette incertitude juridique ne pouvait pas durer. Dans le *Communications Act 2003* (loi relative aux communications de 2003), texte qui a par ailleurs fait de l'Ofcom la nouvelle instance de régulation des fréquences, des télécommunications et des médias

* Chris Dawes dirige le service « Réglementation de la radiodiffusion et politique en matière de contenus » au sein du ministère de la Culture, des Médias et des Sports.

1) Voir notamment les articles de Marcel Betzel et Roberto Viola dans la présente publication.

2) Pour de plus amples informations, voir l'article de Mark D. Cole dans la présente publication.

électroniques, les ministres ont souhaité établir une distinction claire entre les services de radiodiffusion traditionnels (qui continueront à être soumis à la réglementation statutaire), et internet. L'objectif, d'un point de vue politique, était d'adopter une approche neutre d'un point de vue technologique, afin que les services utilisant les protocoles internet pour transmettre des services de radiodiffusion linéaires restent soumis à la réglementation statutaire, tandis que les services à la demande permettant au spectateur de choisir le moment du visionnage d'un programme seraient exclus de la réglementation statutaire, qu'il s'agisse de télévision à la demande (comme les services de télévision de rattrapage des radiodiffuseurs) ou d'autres services en ligne. Le critère central était celui du choix laissé au spectateur : lorsqu'une personne sélectionne un programme dans un catalogue ou sur un site web, quel qu'il soit, elle peut assumer la responsabilité du contenu qu'elle visionne ; à l'inverse, il est possible de zapper sur un programme de radiotélévision sans savoir ce qui est diffusé à ce moment précis. Par conséquent, les spectateurs devaient pouvoir continuer à se fier à la radiodiffusion pour répondre à un certain nombre d'attentes générales et communément admises en matière de contenu.

Certains craignaient toutefois naturellement que l'exclusion des services de vidéo à la demande de la réglementation n'incite les opérateurs à réduire les niveaux de protection disponibles. On parle au Royaume-Uni de « test des gros titres » : que seraient les gros titres des journaux si le gouvernement supprimait la réglementation relative à la VoD et si les pornographes s'empressaient de proposer des services aisément accessibles aux enfants ? Les ministres ont donc énoncé leurs attentes vis-à-vis du secteur et indiqué que la réglementation statutaire ne serait levée *que* si les fournisseurs de services mettaient en place un système d'*autorégulation* afin de rassurer les consommateurs, eu égard en particulier à la protection des enfants.

Rappelons brièvement que le législateur britannique fait une distinction entre autorégulation et corégulation : dans un système d'autorégulation, la participation est volontaire et le cadre est défini par ses participants plutôt que par l'Etat (bien que la menace d'une loi existe). Le mécanisme de corégulation, lui, suppose un fondement juridique apporté par l'Etat. Il existe de nombreuses variantes de ces deux types de mécanismes, et leurs frontières sont parfois floues.

Le secteur de la VoD a relevé le défi lancé par le gouvernement. Toutefois, il est rapidement apparu que les entreprises n'avaient pas un talent inné pour élaborer des systèmes de régulation et qu'elles n'étaient pas a priori prêtes à coopérer avec leurs concurrents pour y parvenir. Le gouvernement a fait connaître les éléments de base qu'il souhaitait retrouver dans le dispositif d'autorégulation : les missions de l'instance de régulation en matière d'élaboration de normes minimales (s'agissant de la protection par code confidentiel, par exemple) ; le niveau d'indépendance à atteindre ; l'information fournie au consommateur quant aux normes adoptées et aux procédures de plainte ; enfin, l'existence d'un dispositif de recours. Il était toutefois indispensable qu'une entreprise se montre prête à assumer un rôle de chef de file, et c'est ce qui a conduit, pour finir, à la création de l'Association for Television On Demand (Association de la télévision à la demande, ou ATVOD) dans sa forme d'origine.

La plupart des grands opérateurs du Royaume-Uni étaient membres de l'ATVOD ; c'était par exemple le cas de l'ancien Video Networks, de British Telecommunications (BT) et de Virgin Media, mais pas de Sky.

Le Royaume-Uni est généralement défavorable à la réglementation statutaire dès lors que l'autorégulation permet d'atteindre les objectifs visés. Les dispositifs d'autorégulation peuvent remplir cette mission, en particulier, si les intérêts des entreprises coïncident avec ceux des consommateurs. Dans le cas qui nous intéresse, l'autorégulation présentait l'avantage de permettre au secteur d'élaborer des normes communes, à une époque où la notion de responsabilité sociale des entreprises jouait un rôle de plus en plus important, tant dans l'environnement économique que dans les rapports entre entreprises et consommateurs, et entre entreprises et société. En outre, l'autorégulation devait permettre au secteur de réagir avec souplesse aux changements rapides de l'environnement technologique et aux attentes des consommateurs en constante évolution. Il était inutile d'attendre une mesure réglementaire, a fortiori législative, pour relever ces nouveaux défis, qu'ils soient technologiques ou qu'ils concernent un contexte culturel, social et politique en pleine mutation. Le secteur était à même d'agir rapidement.

Partant du principe que la plupart des programmes à la demande avaient déjà été diffusés à la télévision, les motifs potentiels de plaintes semblaient peu nombreux, et le système paraissait pouvoir fonctionner à peu de frais. Dans les faits, l'ATVOD a du reste enregistré très peu de plaintes.

Le Royaume-Uni disposait déjà, cela va de soi, de modèles d'autorégulation, notamment l'Advertising Standards Authority (Autorité des normes publicitaires, ASA) et la Press Complaints Commission (Commission des plaintes contre la presse, PCC). Le British Board of Film Classification (Bureau britannique de classification des films, BBFC) est lui aussi en partie un organe d'autorégulation ; il établit un système de classification cohérent tant dans l'intérêt des instances locales qui accordent des licences aux salles de cinéma, que dans celui du secteur cinématographique, tout en remplissant aussi une mission statutaire consistant à appliquer une classification aux supports vidéo physiques (DVD, notamment).

II. Le rôle du Royaume-Uni dans l'élaboration de la Directive Services de médias audiovisuels

Ceci nous amène à la Directive Services de médias audiovisuels. Le Royaume-Uni était extrêmement inquiet au vu des premières propositions de la Commission en 2005. Le gouvernement de l'époque craignait en particulier que les projets de la Commission n'étendent la réglementation à un vaste ensemble de services, y compris à des sites tels que YouTube ou à des blogs privés, lesquels servaient pour certains de support à des publicités, des parrainages ou des micro-paiements (ou bénéficiaient de ceux-ci), et risquaient dès lors d'entrer dans la définition d'un « service » au sens du traité. Le gouvernement redoutait également que les protections minimales proposées par la Commission (telles que les règles spécifiques relatives à la protection des mineurs, ou l'interdiction de l'incitation à la haine pour différents motifs) n'alourdissent dans les faits les contraintes pesant au Royaume-Uni sur la liberté d'expression de tout un ensemble de sites de ce type, sans qu'il y ait à cela de nécessité justifiée ou proportionnée dans le contexte propre au pays. Dans ces domaines, les Etats membres partageront un noyau central commun de dispositions, mais il restera nécessairement, à la marge, un certain degré de subsidiarité correspondant à l'histoire et aux expériences de chaque pays, même si cela peut occasionnellement conduire un Etat membre à autoriser tel ou tel programme qu'un autre Etat aurait peut-être interdit. Ainsi, le Gouvernement britannique n'a pas jugé nécessaire de proscrire l'incitation à la haine fondée sur le sexe, bien que notre pays dispose bien sûr de lois anti-discrimination. Pour satisfaire à cette obligation, nous aurions dû étendre fortement le champ d'application de la réglementation propre aux services à la demande, ou modifier la législation générale. Toutefois, nous ne voyions pas pourquoi ces services à la demande auraient dû être soumis à des normes différentes du reste de la société. Aucune de ces deux solutions ne semblait souhaitable. Elles posaient notamment le risque de voir certains sites quitter l'Europe, ce qui aurait entraîné une perte de perspectives d'innovation et de débouchés économiques sans pour autant améliorer la protection du public.

Le Royaume-Uni a préféré conserver le système d'autorégulation préexistant. Toutefois, l'avis sans équivoque des juristes, lequel a été confirmé par des débats au sein d'un groupe de travail et par les services juridiques de la Commission, a indiqué que l'autorégulation ne constituait pas un moyen suffisant de mettre en œuvre les exigences de la directive. Toute directive impose des obligations aux Etats membres ; ces derniers doivent être en mesure d'en garantir le bon respect, et la seule façon de s'en assurer est de transposer les dispositions européennes dans la législation nationale. Le Gouvernement britannique, espérant pouvoir conserver un système proche de l'autorégulation, a plaidé pour que la directive fasse mention de l'autorégulation et de la corégulation (c'est désormais le cas dans le considérant 44) ; nous avons en outre noté que l'ASA, l'instance d'autorégulation en matière de publicité au Royaume-Uni, avait pu conserver son rôle et rester « l'instrument habituel » permettant d'assurer le respect des dispositions contenues notamment dans la directive sur les pratiques commerciales déloyales – l'Office of Fair Trading (direction de la concurrence) lui assurant un appui juridique.

Les juristes britanniques ont malheureusement jugé que les droits et obligations institués par la directive était d'une nature telle, que cette approche s'appuyant sur « l'instrument habituel » qu'était l'ASA n'offrait pas un outil de transposition suffisamment solide.

III. La mise en œuvre des dispositifs de corégulation et d'autorégulation au Royaume-Uni

1. Généralités

La structure du système adopté par le Royaume-Uni s'inspire d'autres modèles britanniques existants. La réglementation transposant la directive n'a pas manqué de désigner un organisme public responsable en dernier ressort, en confiant à l'Ofcom l'obligation de veiller au bon respect de ladite réglementation. L'Ofcom est lui-même habilité à désigner une personne morale amenée à devenir « l'instance de réglementation compétente » responsable de cette mission, pour partie ou en totalité. Le rôle de l'Ofcom consiste à s'assurer que l'instance ou les instances ainsi nommées satisfont à certaines conditions d'aptitude et d'honorabilité, disposent des ressources nécessaires, sont suffisamment indépendantes, et observent des principes de bonne réglementation (transparence, responsabilité, proportionnalité, cohérence et ciblage de la réglementation). D'autres dispositions contraignent les fournisseurs à déclarer au régulateur les services qu'ils proposent et qui tombent sous le coup de ces dispositions, et à acquitter une redevance afin de couvrir les coûts de la régulation ; des dispositions détaillent également le mode de calcul de cette redevance.

2. L'Autorité des normes publicitaires (Advertising Standards Authority, ASA)

L'Ofcom a confié à l'ASA le soin de réglementer la publicité et les services à la demande au Royaume-Uni, et à l'ATVOD (désormais reconvertie en instance de corégulation et rebaptisée « autorité » au lieu d'« association ») celui de réglementer les autres contenus. L'ASA est désormais, par conséquent, l'autorité globale de régulation pour la publicité. C'est une instance expérimentée, créée en 1962, et chargée de réglementer un secteur mûr, qui considère que l'autorégulation présente un intérêt économique. Elle est responsable des publicités télédiffusées (sur délégation de l'Ofcom), comme de celles qui sont diffusées par d'autres moyens, et ses attributions ont récemment été étendues de façon à inclure les activités de promotion menées par les entreprises sur leurs propres sites web (c'est-à-dire les publicités non payantes). Le système de régulation de la publicité est conçu de manière à protéger notamment les enfants, les adolescents et les personnes vulnérables contre la publicité et le marketing néfastes, mensongers ou inadaptés.

3. L'Autorité pour la télévision à la demande (Authority for Television On-Demand, ATVOD) et les autres initiatives

L'ATVOD a connu à ses débuts quelques difficultés de mise en route.

Soulignons tout d'abord qu'elle a enregistré peu de plaintes de la part du grand public. Des problèmes se sont toutefois posés s'agissant du champ d'action de l'ATVOD, c'est-à-dire de la définition des services relevant de sa compétence. Certains services, notamment ceux de petite envergure qui fonctionnaient sans problèmes, ne voyaient pas l'intérêt de se soumettre à une régulation ou de payer pour avoir ce privilège. Il s'agissait de services qui avaient peu de chances de bénéficier de la possibilité de proposer leur offre à l'étranger.

Certains d'entre eux s'étaient en outre sentis exclus des décisions qui avaient mené à la création de l'ATVOD ; l'Ofcom et le gouvernement ignoraient tout simplement leur existence à cette époque.

Des inquiétudes du même ordre ont vu le jour dans le domaine de la presse. Il paraissait évident qu'un site émanant d'un journal pouvait cesser à un moment donné d'être une simple version électronique du titre (bénéficiant de l'exception du considérant 28) et devenir un service de vidéo à la demande³.

Par ailleurs, quelle définition donner d'un « service » ? Une chaîne de télévision peut très bien diffuser différents décrochages publicitaires et demeurer pourtant un seul et unique service pour ce qui est de sa licence. A quel moment considérer qu'un service de vidéo à la demande est un service à part entière ?

3) Pour un exemple concret, consulter l'article d'Erik Valgaeren, point 2.1.1

Un débat sur les coûts s'est également engagé. Par principe, le Trésor public britannique laisse le soin aux régulateurs de recouvrer les frais qu'ils engagent auprès du secteur dont ils ont la charge. Il n'existait toutefois pas d'étalon commun pour fixer une redevance juste (contrairement, par exemple, aux mesures d'audience à la télévision). Même un grand fournisseur peut exploiter un service sans en retirer de bénéfices, voire en enregistrant des pertes, s'il s'agit d'un « produit d'appel » groupé avec d'autres services, ou d'un nouveau service susceptible de se développer.

L'ATVOD a tenté de mettre en place des formules à faible coût pour les petits opérateurs et les associations caritatives, avec un tarif de base qui se montait l'an dernier à 150 GBP (environ 170 EUR). Toutefois, la plupart des services ont dû acquitter un forfait de 2 900 GBP (environ 3 300 EUR) par service et le niveau de cette redevance risque de freiner le développement de nouveaux services qui pourraient accroître la diversité de l'offre et les retombées économiques pour le secteur.

Pour l'année 2011-2012, une approche plus fine a été mise en œuvre. Outre un tarif préférentiel pour les associations caritatives (100 GBP, soit 119 EUR), l'ATVOD a adopté une série de mesures permettant de calculer les redevances à partir du chiffre d'affaires. En outre, il est probable que les coûts baissent à l'avenir, une fois que le nouveau système sera en place.

Certains doutent cependant que ce modèle de corégulation soit optimal et estiment que l'on a inutilement réuni les cultures d'un régulateur institué par la loi (l'Ofcom) et d'un organisme d'autorégulation (l'ATVOD), ce qui cumulerait les inconvénients découlant de ces deux approches : doublons, revirements d'avis, frilosité...

Ceci ne reflète nullement l'opinion du gouvernement, mais ajoute une variable supplémentaire aux nombreuses questions qui se posent naturellement lorsqu'un nouveau système voit le jour et qui semblent particulièrement problématiques dans le cas de la Directive SMAV, dans la mesure où cette dernière a tenté de définir un nouvel ensemble de services soumis à régulation alors même que l'offre de nouveaux services explosait.

Les contenus supervisés par l'ATVOD sont, pour l'essentiel, ceux qui figurent dans la directive ; ils ont fait l'objet d'une transposition directe. Un problème particulier s'est posé pour la pornographie « dure », c'est-à-dire montrant de vraies images de diverses pratiques sexuelles. Les DVD renfermant ce type de contenu doivent faire l'objet d'une classification dans la catégorie « R18 » par le Bureau britannique de classification des films et ne peuvent être vendus au Royaume-Uni que dans des sex-shops agréés. Ce type de contenu ne peut pas être diffusé à la télévision linéaire. Un site britannique a été poursuivi et condamné au titre de la loi sur les publications obscènes pour avoir diffusé une bande-annonce relevant du segment le plus « pur et dur » de la classification R18, sans la barrière préalable d'un paiement par carte de crédit, rendant ainsi les images accessibles aux enfants⁴. Toutefois, les opinions divergent sur la question de savoir si l'article 12 de la directive impose le blocage de ce type de matériel pour les enfants. Cet article exige que les Etats membres « prennent les mesures appropriées pour que les services de médias audiovisuels à la demande fournis par des fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence qui pourraient nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ne soient mis à la disposition du public que dans des conditions telles que les mineurs ne puissent normalement entendre ou voir ces services (...). »

En ce qui concerne les autres services – c'est-à-dire le reste d'internet, qui n'est pas couvert par la réglementation statutaire – le Gouvernement britannique a créé le *UK Council for Child Internet Safety* (Conseil du Royaume-Uni pour la sécurité des enfants sur internet). Son conseil d'administration est présidé par des ministres et regroupe des représentants du secteur, des membres d'associations de protection de l'enfance issues de la société civile, un chercheur universitaire, un membre de l'*Internet Watch Foundation* (laquelle tient à jour une liste noire de sites pédopornographiques que les fournisseurs d'accès à internet ont accepté de bloquer) et un représentant du *Child Exploitation and Online Protection Centre* (CEOP), la branche de la police chargée de poursuivre les pédophiles. Ce conseil a élaboré des lignes directrices d'autorégulation sur des questions telles que la modération, les réseaux sociaux, les services de chat ou de messagerie instantanée, et étudie la mise en place de barrières pour

4) R v. Perrin, [2002] EWCA Crim 747 (22 mars 2002). La décision est consultable sur : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2002/747.html>.

développer les dispositifs de contrôle parental. Il est en train de mettre au point un système de contrôle indépendant et travaille en étroite collaboration avec d'autres initiatives européennes.

Il existe également des systèmes de classification en ligne, relevant de l'autorégulation et élaborés par le BBFC, pour les films diffusés exclusivement sur internet.

IV. Conclusion

La situation actuelle est vouée à évoluer et soulève plusieurs questions. Maintenant qu'il existe un système de régulation de la vidéo à la demande, sera-t-il nécessaire à l'avenir de compléter ces règles, soit parce qu'elles seront jugées insuffisantes pour protéger les enfants, soit parce que les spectateurs estimeront que la différence de réglementation entre télévision linéaire et télévision à la demande est anormale, notamment avec le développement de la télévision connectée ? Bon nombre de ces services adopteront sans doute leurs propres lignes directrices quant aux contenus diffusés et à la protection des mineurs, dans un intérêt économique bien compris – mais tous ne le feront pas nécessairement. On sait que beaucoup de protections sur internet dépendent aujourd'hui des stratégies des entreprises : ce qu'elles choisissent de faire figurer dans leur charte d'utilisation pour des raisons commerciales, par exemple, et leur propension à s'assurer activement et rapidement que ces principes sont respectés.

Ainsi, la voie de l'avenir consistera-t-elle plutôt à étendre la portée de la réglementation statutaire ? Ou à tenter de réduire les protections à une norme minimale commune ? Ou encore, peut-être, à recourir davantage aux dispositifs de filtrage technique ou à de nouvelles formes d'autorégulation, peut-être au niveau international, et peut-être en s'appuyant sur des obligations imposées aux entreprises ou contractées par elles, plutôt que par les Etats ?

Si l'autorégulation doit s'accroître, serons-nous davantage tributaires d'initiatives telles que les *Good Practice Principles on Audiovisual Content Information* (Principes de bonnes pratiques relatifs à l'information sur les contenus audiovisuels)⁵ ? Ou préférons-nous une plus grande automatisation, et aurons-nous besoin d'aller vers une standardisation accrue des métadonnées ?

S'agissant de la vidéo à la demande, au vu des défis que pose la directive en matière de définitions et des différences qui en résultent au niveau de sa transposition et de sa mise en œuvre dans les Etats membres, faudra-t-il réexaminer le champ d'application de la Directive SMAV ? Et si oui, faudra-t-il étendre celui-ci ou élaborer de nouveaux modèles couvrant un champ plus vaste et laissant une place à l'autorégulation, que ce soit au niveau de l'UE ou du Conseil de l'Europe ?

Enfin, au Royaume-Uni, les ministres ont annoncé la préparation d'une nouvelle loi relative aux communications d'ici à 2015 ; il est donc certain que toutes ces questions devront faire l'objet de débats lors de l'élaboration des politiques liées à cette loi.

5) <http://www.audiovisualcontent.org/>

La nouvelle Directive Services de médias audiovisuels et ses destinataires : le secteur de l'audiovisuel face à de nouveaux défis

Lore Leitner et Erik Valgaeren*
Stibbe

Avec le développement actuel de ce qu'il est convenu d'appeler le « web 2.0 », on assiste à l'essor de la diffusion de contenus audiovisuels à travers des portails vidéo en ligne. Au cœur de cette évolution se trouvent des services en pleine expansion tels que Sky Anytime, BBC iPlayer ou Hulu. Dans ce contexte, la Commission européenne a décidé d'adapter son approche réglementaire et de moderniser le cadre européen relatif aux contenus : depuis le 10 mars 2010, le secteur européen des services de médias audiovisuels est ainsi régi par la nouvelle Directive Services de médias audiovisuels¹ (Directive SMAV). Malgré cette avancée réglementaire, le secteur de l'audiovisuel n'est toutefois pas au bout du chemin. Au contraire, il commence tout juste à peser les avantages et les inconvénients de ce nouveau cadre, avant de décider s'il va ou non y adhérer².

Nous aborderons les points suivants dans le présent article : (I) les obstacles et les charges que la nouvelle directive risque d'imposer au secteur des médias audiovisuels ; (II) la façon dont ceux-ci pourraient être ou seront surmontés ; et (III) les possibilités et opportunités susceptibles de se présenter en termes de corégulation et d'autorégulation.

I. Difficultés pratiques d'application de la législation actuelle sur les médias

S'il est possible de lancer en quelques instants une plateforme vidéo en ligne, il n'est pas si facile de concevoir des services de médias audiovisuels innovants. Tout fournisseur de services de médias audiovisuels souhaitant proposer un tel service est confronté tôt ou tard aux aspects juridiques de son projet, qui peuvent se révéler très complexes. Nous allons dans un premier temps décrire le « terrain miné », jalonné d'obstacles d'ordre juridique, que doivent affronter les fournisseurs. Nous présenterons ensuite certaines règles juridiques spécifiques ainsi que les difficultés qui peuvent survenir lors de leur application concrète.

* Erik Valgaeren est associé au sein du groupe Technologie, médias et télécoms (TMT) de l'antenne bruxelloise du cabinet d'avocats Stibbe. Il est inscrit aux barreaux de Bruxelles et de New York et a présenté cette problématique juridique lors d'un atelier organisé par l'Observatoire européen de l'audiovisuel. Le présent article entend en donner une vue d'ensemble plus développée. Il a été rédigé en collaboration avec Lore Leitner, associée du groupe TMT auprès de l'antenne bruxelloise et membre du barreau de Bruxelles.

1) Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels.
2) M. Ariño, "Content Regulation and New Media: A Case Study of Online Video Portals", *Communications & Strategies*, n° 66, 2007, 115.

1. Les obstacles pratiques d'ordre juridique : un terrain miné

Il est important, avant de lancer un service de médias audiovisuel, d'être pleinement au fait de tous les obstacles pratiques qu'il y aura lieu de franchir. Cette section vise à donner un aperçu global des barrières qui méritent d'être gardées à l'esprit. Nous montrerons qu'il faut aller au-delà des perceptions superficielles pour s'en faire une idée complète.

1.1. Problèmes et disparités entre juridictions

Le secteur des fournisseurs de services de médias se compose pour l'essentiel d'acteurs mondiaux ou multinationaux, tout particulièrement dans le cas des modèles économiques fondés sur des plateformes de médias accessibles en ligne ou sur internet. Bien souvent, les plateformes de vidéos et les modèles d'activité en ligne sont implantés dans plusieurs pays, disposant chacun d'une réglementation particulière en matière de médias audiovisuels, même au sein de l'Europe. Ce phénomène s'explique par deux éléments :

- Le cadre juridique européen relatif aux services audiovisuels s'appuie principalement sur des directives. Or celles-ci ne visent pas une harmonisation complète, mais laissent au contraire une grande marge de manœuvre aux Etats membres qui peuvent les transposer en tenant compte de la structure et des traditions de leur propre cadre juridique national. Ceci peut entraîner des disparités substantielles qui doivent être prises en compte par les acteurs souhaitant exercer leurs activités dans des juridictions différentes.
- En outre, certains aspects de la réglementation des services audiovisuels ne sont pas harmonisés et demeurent de la compétence des Etats membres, (a) soit parce qu'il s'agit de domaines spécialisés qui n'ont pas encore fait l'objet d'une réglementation au niveau européen, (b) soit parce qu'ils relèvent du droit impératif. Ce dernier cas de figure concerne principalement la réglementation nationale en matière de protection des consommateurs, par exemple la publicité pour les produits du tabac, la consommation d'alcool, etc. Les règles relatives aux services de paris en ligne et à la publicité afférente sont également très variables d'un Etat membre à l'autre.

1.2. Une question qui concerne une multitude de domaines du droit

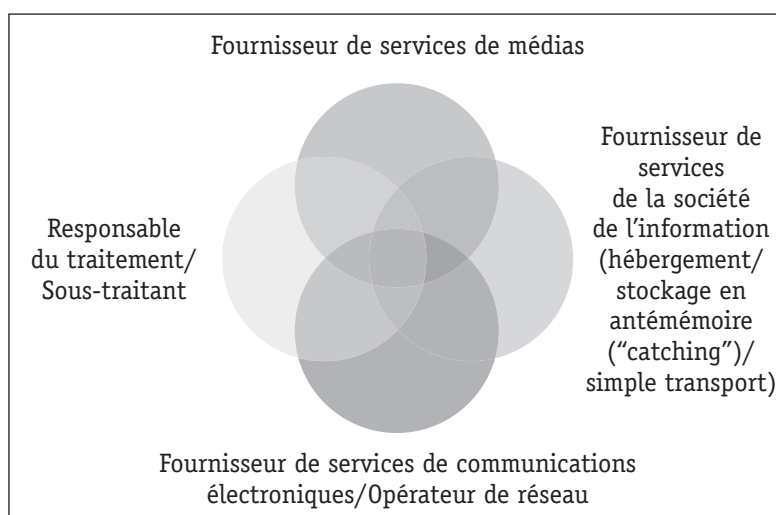
En outre, les services de médias audiovisuels ne sont pas régis uniquement par les lois relatives aux médias. D'autres domaines du droit entrent en ligne de compte :

- Les contenus sont protégés par le droit de la propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur ;
- Les destinataires finals de ces services sont des consommateurs, ce qui fait nécessairement intervenir les lois (nationales) relatives à la protection des consommateurs ;
- Dans la mesure où le fournisseur de services souhaite généralement recueillir les données personnelles de ses utilisateurs et installer des cookies sur leur disque dur à des fins publicitaires, les lois relatives à la protection de la vie privée s'appliquent également ;
- Les lois sur le commerce électronique doivent être prises en compte ;
- La langue utilisée pour communiquer avec le consommateur peut être soumise à la législation linguistique.

1.3. Une stratification complexe de dénominations

Les différents types de législations emploient des dénominations spécifiques pour identifier certains ensembles de droits et d'obligations. Ces dénominations peuvent ou non se rejoindre et se recouper partiellement ; elles compliquent en tout cas la tâche qui consiste à localiser le « centre de gravité juridique du modèle économique ». Ainsi, la directive « vie privée » (95/46/CE) appelle « responsable du traitement » la personne, physique ou morale, qui détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel. Toute entité qui traite des données à caractère personnel pour le compte de ce responsable du traitement est quant à elle appelée « sous-traitant ». Le responsable du traitement est soumis à de nombreuses obligations, notamment celles de procéder à une notification, d'informer les personnes concernées, de conclure des accords avec ses sous-traitants, etc. Toutefois, si la législation relative à la protection de la vie privée désigne une entité donnée comme l'un des acteurs de son dispositif, il n'en va pas forcément de même pour d'autres domaines de la réglementation (Directive SMAV, directives sur le commerce électronique ou les communications électroniques, etc.). Dans la réglementation relative aux médias, le responsable du traitement peut par exemple être une entité

sans responsabilité éditoriale, comme un simple opérateur de plateforme. En conséquence, il se peut qu'une autre entité soit désignée comme le « fournisseur de services de médias » aux termes des lois en vigueur sur les services de médias audiovisuels. Par ailleurs, ces entités pourront ou non être considérées comme des « fournisseurs de services de la société de l'information », des « fournisseurs de services de communications électroniques » ou des « opérateurs de réseaux », etc.



En conséquence, il faut toujours être extrêmement prudent dans l'appréciation d'un modèle commercial et s'assurer que l'entité en question satisfait bien à toutes les obligations qui lui incombent. Il sera parfois préférable d'ajuster le modèle afin de faire converger les dénominations et de s'assurer ainsi un plus haut niveau de sécurité juridique.

1.4. Des réglementations inadaptées au « nouveau paradigme numérique »

Pour sa plus grande part, la réglementation ne fait en outre pas référence au monde numérique, soit parce que le législateur a décidé de concevoir une législation neutre d'un point de vue technologique, afin qu'elle ne puisse ni vieillir, ni être dépassée, soit (et c'est pire) parce que la législation a été élaborée à destination d'un monde « tout papier », non numérique. Bien souvent, par ailleurs, la législation s'appuie sur des raisonnements théoriques, tranche des débats d'universitaires, ou est le reflet de compromis politiques et n'offre pas de solutions pratiques à des problèmes concrets. Dans ces deux cas de figure, les fournisseurs de services de médias audiovisuels se retrouvent face à un défi : il leur faut se conformer à la législation en vigueur, alors qu'ils ne disposent d'aucune orientation claire quant à l'application pratique de ces lois.

1.5. Conséquences générales

Compte tenu de ce qui précède, il est souvent ardu, pour les fournisseurs de services audiovisuels, d'identifier la réglementation qu'ils doivent respecter. La plupart d'entre eux ont donc tout intérêt à solliciter en amont un conseil juridique. Des recherches sont souvent nécessaires pour comprendre pleinement le cadre réglementaire propre à chaque pays concerné par tel ou tel modèle commercial. Dans bien des cas, il est impossible d'appliquer un modèle unique dans tous les Etats. En d'autres termes, il est peut-être impossible de satisfaire à toutes les obligations juridiques posées par tous les pays concernés. Le fournisseur de services audiovisuels doit donc procéder à une évaluation préalable des risques inhérents à son projet, et donner la priorité à certaines obligations.

2. Questions de fond

Dans cette seconde sous-partie, nous étudierons quelques-uns des problèmes de fond susceptibles de se présenter aux fournisseurs de services audiovisuels. De nombreuses questions pourraient se poser en matière d'acquiescement des droits d'auteur et d'application des lois locales de protection des consommateurs, mais l'analyse qui suit se concentrera surtout sur les questions matérielles liées à la Directive SMAV (point 2.1) et à la directive « vie privée » (point 2.2).

2.1. L'application de la nouvelle Directive SMAV

Comme nous l'avons signalé plus haut, la Directive SMAV vise à moderniser l'arsenal réglementaire relatif aux services audiovisuels. A cette fin, elle tente d'instaurer un cadre réglementaire transversal et global pour tous les services, afin de créer des conditions de concurrence équitables entre les

radiodiffuseurs traditionnels, c'est-à-dire les fournisseurs de services dits « linéaires », et les nouveaux acteurs du secteur des médias qui proposent le même type de contenus, mais « à la demande », sous une forme non linéaire. Depuis 2010, la nouvelle Directive SMAV régit donc les services audiovisuels, quel que soit le mode de distribution de leur contenu. Pour autant, les problèmes que posait l'ancien cadre réglementaire n'ont pas tous été résolus et l'entrée dans une nouvelle ère numérique a fait apparaître un certain nombre de difficultés supplémentaires, lesquelles n'ont, elles aussi, été que partiellement traitées. Nous allons présenter ici certains de ces problèmes et défis.

2.1.1. Un manque de clarté dans le champ d'application de la directive

Bien que la Commission ait expressément fait part de son intention de réglementer tous les services audiovisuels, quelle que soit leur nature, il convient de noter que le champ d'application de la Directive SMAV ne couvre toujours pas l'ensemble des services³.

- Le considérant 21 de la Directive SMAV indique que le champ d'application doit exclure les activités dont la vocation première n'est pas économique et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites web privés et les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt. Ce point fait clairement référence aux réseaux sociaux tels que Facebook et aux plateformes communautaires comme YouTube.
- En outre, le considérant 28 précise que les versions électroniques des journaux et des magazines n'entrent pas dans le champ d'application de la Directive SMAV.

Ces points sont relativement explicites ; de nos jours, toutefois, de nombreuses plateformes proposant des contenus audiovisuels sont des versions électroniques de titres de presse, ou sont conçues de sorte à présenter une dimension de « réseau social ». Est-ce à dire qu'elles ne sont absolument pas soumises à la Directive SMAV ?

La réponse n'est pas toujours aussi simple, comme l'a montré dernièrement l'affaire *ATVOD c. Sunday Times Video Library* au Royaume-Uni. En l'espèce, une partie du site web du *Sunday Times* était consacrée à des contenus audiovisuels en lien avec des articles d'actualité récents et était accessible par un lien intitulé « Video Library » (vidéothèque). Le *Sunday Times* estimait que cette section n'était pas soumise aux dispositions législatives britanniques adoptées en transposition de la Directive SMAV, et qu'il ne lui était pas non plus nécessaire de déclarer ce service auprès de l'Autorité de la télévision à la demande (Authority for Television On Demand, ou ATVOD⁴), en vertu de l'exclusion évoquée plus haut. L'ATVOD ne partage toutefois pas cette opinion. Elle a indiqué dans son avis : « un même site web ou domaine peut comporter plusieurs services, et l'ATVOD estime que la "vidéothèque" du *Sunday Times* constitue un service à part entière, bien que juxtaposé à la version électronique du journal. Le contenu vidéo est agrégé dans une partie distincte du site qui propose un catalogue de programmes. Si les vidéos peuvent dans certains cas présenter un lien particulier avec les contenus du journal, le dispositif n'invite pas le spectateur à considérer ces contenus comme accessoires ou auxiliaires par comparaison avec la version en ligne du journal papier. La vidéothèque est présentée comme un espace à part entière destiné aux consommateurs et les programmes proposés au sein de ce service peuvent être visionnés, appréciés et compris indépendamment de l'offre du journal⁵. » L'avis de l'ATVOD évoque de surcroît le fait que ces programmes sont comparables, dans leur forme et leur contenu, à des programmes télévisuels, et que la vidéothèque du *Sunday Times* avait pour finalité principale la fourniture de ces programmes de type télévisuel. En conséquence, l'ATVOD a estimé que le *Sunday Times* devait déclarer son service et acquitter une redevance de 2 900 GBP correspondant à son inscription, mais aussi se conformer à toutes les dispositions relatives aux contenus audiovisuels telles que définies dans la législation nationale portant transposition de la Directive SMAV⁶.

3) D. M. Sithigh, "Co-regulation, Video-on-demand and the Legal Status of Audiovisual Media", *UEA Law School Working Paper Series*, 2010-DMS-3, disponible sur : ssrn.com/abstract=1728664

4) www.atvod.co.uk

5) www.atvod.co.uk/regulated-services/scope-determinations/sunday-times-video-library

6) Le *Sunday Times* a fait appel de cette décision. La décision en appel n'a pas encore été rendue à ce jour.

2.1.2. Les limites du principe « du pays d'origine »⁷

Conformément à l'interprétation de la réglementation relative à l'applicabilité territoriale de la directive, un fournisseur de services de médias ne peut en principe relever de la compétence que d'un seul Etat membre. Ceci est rendu possible par le principe « du pays d'origine ». Il entraîne l'obligation, pour le pays d'émission, d'exercer un contrôle sur ses radiodiffuseurs et fournisseurs de services, et l'interdiction, pour les pays destinataires, d'instaurer un second contrôle sur les services de contenus ainsi reçus. Les dispositions de la Directive SMAV permettent de déterminer quel Etat membre doit être considéré comme le pays d'origine, moyennant l'application des critères suivants⁸ :

- il s'agit normalement de l'Etat membre dans lequel le fournisseur de services de médias a son siège social, dans la mesure où les décisions éditoriales relatives à ces services sont prises dans ce même Etat membre ;
- lorsque les décisions éditoriales relatives au service de médias audiovisuels sont prises dans un autre Etat membre que celui du siège social du fournisseur, et lorsqu'une partie importante des effectifs employés aux activités de services de médias audiovisuels opère dans cet Etat membre, c'est ce dernier qui est considéré comme le pays d'origine.

Bien que ce principe instaure une distinction claire, il s'avère souvent difficile, dans les faits, de déterminer le droit national applicable, principalement en raison de la dimension mondiale de nombreux acteurs du secteur audiovisuel. Il s'agit souvent de groupes dépendant d'une multitude de juridictions, qui ont leur siège dans un Etat membre, des structures opérationnelles régionales dans d'autres Etats membres, des filiales locales chargées d'une partie des décisions éditoriales, et des antennes pratiquement autonomes implantées dans toute l'Europe (voire dans le monde entier). Ceci complique la détermination du droit qu'il convient d'appliquer en priorité, ou plutôt, conduit à des situations dans lesquelles plusieurs législations nationales sont susceptibles de s'appliquer. En outre, de nombreux modèles commerciaux s'appuient sur l'utilisation de technologies délocalisées, telles que des réseaux *peer-to-peer* ou le « *cloud computing* » (informatique dans le nuage), ce qui rend la situation plus complexe encore.

2.1.3. Le respect des limites d'âge à l'ère du numérique

La Directive SMAV prévoit l'obligation de protéger les mineurs contre les contenus préjudiciables ou immoraux⁹. Dans le cas des services linéaires, les fournisseurs peuvent respecter cette exigence soit en s'abstenant complètement de radiodiffuser des contenus violents ou réservés aux adultes, soit, dans certains cas, en appliquant des restrictions horaires. Il est possible en outre d'apposer des pictogrammes de classification par âge ou de diffuser un avertissement avant le début d'un programme télévisé. Pour les services non linéaires, l'exercice est plus délicat : l'instauration de restrictions horaires n'est pas favorable aux affaires et peut s'avérer complexe si la plateforme est accessible dans le monde entier.

2.1.4. L'élaboration de nouvelles dispositions concernant la publicité en ligne

La Directive SMAV impose aux fournisseurs de services de médias audiovisuels un certain nombre d'obligations en matière de communications commerciales¹⁰. Celles-ci, une fois transposées en droit national, prennent souvent la forme de restrictions quantitatives frappant les publicités, de tranches horaires réservées à certaines publicités, de signalétiques obligatoires pendant certains spots¹¹, ou de textes prédéfinis à afficher à la fin des publicités¹².

7) Voir aussi P. Valcke, D. Stevens, et al, "Audiovisual Media Services in the EU – Next Generation Approach or Old Wine in New Barrels?", *Communications & Strategies*, n° 71, 2008, 103.

8) Article 2 de la Directive SMAV. En outre, la directive énumère les exceptions à cette règle, dans le cas où des dispositions plus strictes d'intérêt général public peuvent s'appliquer à un service destiné entièrement ou principalement au territoire d'un autre Etat membre.

9) Article 12 de la Directive SMAV.

10) Article 9 de la Directive SMAV.

11) Pour le sucre, par exemple.

12) Par exemple, en Allemagne, la formule "Zu Risiken und Nebenwirkungen lesen Sie die Packungsbeilage und fragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker" (« Pour connaître les risques et les effets secondaires, veuillez consulter la notice et demander conseil à votre médecin ou à votre pharmacien ») qui accompagne toutes les publicités relatives à des médicaments.

A l'heure du numérique, il est là encore difficile de respecter ces exigences, car la publicité peut être appréhendée de façons très différentes. Un espace publicitaire peut par exemple rester visible à tout moment pendant qu'un consommateur visionne un contenu. Il est en outre vain de fixer des restrictions horaires pour certains types de publicités. En conséquence, on ignore encore dans quelle mesure ces contraintes pourront être respectées sur internet, ce qui laisse subsister une marge d'incertitude pour les fournisseurs de services de médias audiovisuels.

2.2. Vie privée

Autre problème de fond : la bonne application des règles de protection des données et de la vie privée. Cette question peut revêtir une grande importance pour les fournisseurs qui proposent des services gratuits, mais réalisent leurs bénéfices à travers des systèmes de publicité comportementale ayant recours à des cookies. Les cookies permettent aux fournisseurs de services de recueillir, d'analyser et de partager des informations sur leurs consommateurs, puis d'adapter leur dispositif publicitaire au comportement de ceux-ci. Auparavant, l'emploi des cookies était autorisé dès lors que les internautes en étaient dûment informés et se voyaient offrir la possibilité de les refuser. Toutefois, aux termes de la nouvelle directive « vie privée et communications électroniques »¹³, les fournisseurs de services doivent obtenir le consentement préalable des internautes avant d'utiliser des cookies. Cette obligation a été confirmée par l'avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne du groupe de travail « article 29¹⁴ ». Ce groupe de travail a par ailleurs constaté que le paramétrage des navigateurs n'assurait la manifestation d'un consentement que dans des cas très restreints.

En conséquence, la plupart des fournisseurs de services audiovisuels qui souhaitent réaliser des bénéfices grâce à des dispositifs de publicité comportementale sont confrontés au défi de devoir offrir à leurs utilisateurs une possibilité quelconque de refuser les cookies sur leur plateforme de services. Dans la majorité des cas, cependant, les fournisseurs choisissent de ne pas respecter cette obligation, car ils ne souhaitent pas imposer des contraintes supplémentaires à leurs utilisateurs, encore moins leur faire peur et les conduire à opter pour d'autres fournisseurs moins respectueux de la réglementation.

II. L'ajustement des technologies pour s'adapter au cadre réglementaire

1. Pourquoi ?

Comme nous l'avons évoqué plus haut, les fournisseurs de services audiovisuels se trouvent souvent contraints de modifier leurs plateformes pour se mettre en conformité avec les lois en vigueur. Mais en ajustant leur modèle commercial pour se conformer aux lois locales, ils limitent souvent grandement son caractère fonctionnel. La question demeure donc posée : dans quelle mesure le secteur est-il prêt à se plier à l'ensemble des obligations légales qui lui incombent ?

L'initiative consistant à adapter la technologie pour respecter la réglementation répond à une combinaison de trois facteurs :

- le degré de clarté (ou l'absence de clarté) de la réglementation : dans la plupart des cas, comme nous l'avons évoqué plus haut, la réglementation est neutre d'un point de vue technologique, voire inadaptée à l'ère numérique ;
- les risques liés à l'application de la loi ;
- la sévérité de la sanction.

13) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, telle que modifiée par la Directive 2009/136/CE.

14) L'avis 2/2010 (00909/10/FR, WP 171), adopté le 22 juin 2010, est disponible sur : ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_fr.pdf.

Dans les faits, même lorsqu'il existe une législation, le régulateur indique rarement comment transposer ses dispositions en outils et applications concrètes. En outre, en cas de décision réglementaire ou d'interdiction, les acteurs du secteur se retrouvent généralement sans solution de repli pratique. Si les obligations sont assorties de sanctions sévères et que leur mise en œuvre paraît probable, il leur faudra alors se mettre en conformité avec la loi en inventant eux-mêmes leur propre modèle. Dans l'éventualité où ce modèle s'avérerait viable, du reste, les autorités de régulation pourraient à leur tour décider de l'appliquer, si bien que les aménagements technologiques ainsi réalisés pourraient au final entraîner une amélioration de la réglementation applicable à ces mêmes technologies.

2. Exemples d'ajustements technologiques induits par la réglementation

Parmi les ajustements technologiques, au sens large, induits par la nécessité de se conformer à la réglementation, on peut citer :

- Le programme de vérification de contenu de YouTube : cet outil permet aux ayants droit d'identifier, parmi les éléments mis à disposition sur la plateforme, des contenus contrevenant au droit d'auteur, et de demander leur suppression.
- La fonction « signaler un problème » de Google Street View : les utilisateurs peuvent signaler les images de Google Street View qui portent atteinte à leur droit à la vie privée ou comportant des contenus inappropriés.
- Amazon Instant Video et Hulu limitent l'accès à leurs services de VOD grâce à la géolocalisation des adresses IP : les utilisateurs basés dans des pays pour lesquels les licences nécessaires n'ont pas été obtenues ne peuvent pas accéder aux contenus.
- Les radiodiffuseurs télévisés de service public allemands et autrichiens, qui proposent également leurs émissions sur des plateformes en ligne, ont instauré des restrictions horaires pour l'accès à certains contenus, afin de satisfaire à leurs obligations en matière de limites d'âge. Ainsi, *Tatort*, une série policière diffusée sur la chaîne de télévision allemande Das Erste, ne peut être visionnée qu'en soirée et pendant la nuit.

III. Que peuvent apporter au secteur l'autorégulation et la corégulation ?

1. Les notions d'autorégulation et de corégulation dans la directive

La nouvelle Directive SMAV offre explicitement aux Etats membres la possibilité d'opter, au niveau national, pour des régimes de corégulation et/ou d'autorégulation dans le secteur des services audiovisuels. Elle ajoute que ces régimes doivent être conçus de manière à être largement acceptés par les principaux acteurs dans les Etats membres concernés et assurer une application efficace des règles¹⁵.

Dans le considérant 44 de la même directive, la Commission affirme que les instruments tant de corégulation que d'autorégulation peuvent jouer un rôle important pour garantir un haut niveau de protection des consommateurs. De ce fait, les mesures visant à atteindre des objectifs d'intérêt public dans le secteur des nouveaux services de médias audiovisuels seraient plus efficaces si elles étaient prises avec le soutien actif des fournisseurs de services eux-mêmes. En outre, les coûts liés à la mise en œuvre de la réglementation se trouveraient modérés, puisqu'ils pourraient être partiellement pris en charge par le secteur. La Commission souligne toutefois que l'autorégulation doit demeurer une méthode complémentaire pour la mise en œuvre de certaines dispositions de la directive, et qu'elle ne saurait se substituer aux obligations qui incombent au législateur national. La corégulation assure un lien juridique adapté entre l'autorégulation et le législateur national, dans le respect des traditions juridiques des Etats membres, et permet à ceux-ci d'intervenir lorsque les objectifs du système ne sont pas atteints. L'exemple de l'ATVOD, au Royaume-Uni, illustre parfaitement la notion d'autorité de régulation indépendante : elle a compétence pour tous les services de vidéo à la demande du Royaume-Uni et exerce,

15) Article 4(7) de la Directive 2010/13/UE.

vis-à-vis de ces services, les fonctions assurées normalement par l'Office des communications¹⁶ (Office of Communications, Ofcom). Créée à l'origine avec le soutien du Gouvernement britannique comme une instance d'autorégulation, elle a été progressivement réorganisée dans le but d'être suffisamment indépendante pour protéger les consommateurs face aux intérêts commerciaux du secteur¹⁷.

2. La réaction du secteur

L'instauration d'un tel dispositif d'autorégulation ou de corégulation présente au moins trois avantages significatifs pour le secteur. D'abord, ce dernier possède une bonne vue d'ensemble des technologies en cours de développement et il est le mieux placé pour prévoir les ajustements qui seront nécessaires en termes de régulation. Par ailleurs, comme nous l'avons indiqué plus haut, la législation est souvent inefficace en raison de son manque de clarté ou des difficultés pratiques qu'elle pose. Une réglementation émanant, partiellement ou en totalité, du secteur visé, pourrait être plus concrète et plus tangible. Enfin, le soutien de l'opinion publique en faveur de ce mode de réglementation est plus important. En somme, l'instauration d'une réglementation à travers des dispositifs d'autorégulation ou de corégulation renforcerait la possibilité, pour le secteur de l'audiovisuel, de créer des conditions de concurrence équitables au-delà des frontières, ce qui présenterait des avantages pour les entreprises d'envergure mondiale. Elle pallierait l'absence d'uniformité législative que ne peuvent à ce jour compenser ni les Etats membres ni la Commission européenne.

En dépit des nombreux avantages que présente l'autorégulation, il n'existe à ce jour que peu d'initiatives en ce sens dans la régulation du secteur des médias audiovisuels en ligne¹⁸, au vu du fait que la transposition de la directive n'en est qu'à ses débuts. On peut citer l'exemple de la « charte de la publicité comportementale online » (Online Behavioural Advertising Framework) adoptée par l'IAB Europe¹⁹. Ce cadre paneuropéen d'autorégulation portant sur la publicité comportementale en ligne prévoit de signaler au moyen d'une icône spéciale les publicités qui ciblent les utilisateurs sur la base de leur usage d'internet. De nombreuses sociétés souscrivent à cette initiative, parmi lesquelles Google et Microsoft.

IV. Conclusion

La Directive SMAV ne semble pas avoir simplifié la situation. Certes, cette version modernisée du texte a une portée plus large et est à ce titre davantage en phase avec les réalités de l'ère numérique. Toutefois, la Commission européenne, le Parlement et le Conseil n'ont pas réussi à élaborer un unique cadre de base susceptible de servir de référence « clé en main » aux fournisseurs de services de médias. Même si ce n'était pas là l'un des objectifs initiaux, il aurait été utile de pallier ce manque.

Nous l'avons dit, le secteur doit continuer de composer avec un certain nombre de problèmes en suspens. Tout d'abord, les fournisseurs de services audiovisuels sont confrontés à plusieurs barrières juridiques qui compliquent leur accès au marché de l'audiovisuel : des questions juridiques de nature variée, des aspects juridiques internationaux, la délicate interprétation de la réglementation pertinente et son application aux acteurs concernés, etc. Par ailleurs, la législation actuelle (y compris la Directive SMAV) laisse subsister une zone d'incertitude quant à l'applicabilité de ses dispositions, entre autres points. Il sera peut-être possible d'y remédier par des ajustements technologiques. Toutefois, les acteurs du secteur n'adapteront leurs modèles commerciaux qu'en présence d'incitations suffisantes (réglementation floue, sanctions sévères ou risque élevé lié à l'application de la législation). L'autorégulation ou la corégulation pourraient apporter une aide et s'avérer bénéfiques à plusieurs égards, mais à ce jour, peu de résultats tangibles ont été obtenus dans ce domaine. L'exemple de l'ATVOD est toutefois prometteur.

Nous dirons en conclusion que le secteur de l'audiovisuel attend de voir quel contenu sera donné à ces nouvelles dispositions, tout en restant disposé à contribuer à l'amélioration du cadre actuel s'il y est suffisamment incité.

16) www.ofcom.org.uk

17) T. Schwithal, "European Media Governance – Regulation 2.0 and the Audiovisual Media Services Directive", *Governance*, BIS-Verlag, Oldenburg, 2009, 223.

18) Parmi les organismes propres à la télévision, on peut citer *Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen* (Allemagne) et *Kijkwijzer* (Pays-Bas).

19) LIAB Europe (Interactive Advertising Bureau Europe) est l'organisme qui fédère les acteurs européens du secteur de la publicité numérique et interactive.

La réglementation des services audiovisuels à la demande : Les attentes des consommateurs européens

Vincent Porter*

European Alliance of Listeners' and Viewers' Associations (EURALVA)

Les 105 considérants et 36 articles de la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV) comportent une série de compromis diplomatiques équivoques, fruits d'une volonté de permettre le développement des communications commerciales audiovisuelles, d'assouplir le contrôle de l'Etat et de préserver le principe de la subsidiarité nationale. Un important lobbying mené par les acteurs de la publicité, de la radiodiffusion et des télécommunications, notamment au sujet de la réglementation interdisant les communications commerciales audiovisuelles clandestines et le placement de produit, a considérablement réduit la protection dont bénéficiaient précédemment les téléspectateurs.

I. Deux zones de flou

La directive omet d'indiquer précisément ce qu'elle considère comme un service de médias audiovisuels à la demande, ainsi que ce qu'elle entend par corégulation et autorégulation.

Le considérant 27 de la Directive SMAV identifie clairement deux types distincts de services à la demande. Ce sont (a) les services de télévision de rattrapage, proposés sous forme de services à la demande par les radiodiffuseurs télévisuels, et qui peuvent par conséquent être réglementés de la même manière que les programmes de télévision ; et (b) différents types de services à la demande proposés parallèlement, mais dans le cadre de services bien distincts. Toutefois, l'article 1 (1) (g) fait fi de cette distinction en présentant une seule définition globale, selon laquelle les services à la demande sont des services proposant aux spectateurs individuels un catalogue de programmes qu'ils peuvent visionner au moment de leur choix.

Cette ambiguïté a permis aux différents Etats membres d'adopter des définitions variables des services à la demande. Si la France établit une nette distinction entre services de télévision de rattrapage et services de vidéo à la demande¹, le Royaume-Uni utilise le terme fourre-tout de « service de programme à la demande » (*on-demand programme service*), un service dont « la finalité principale est la fourniture de programmes dont la forme et le contenu sont comparables à ceux des programmes habituellement compris dans les programmes télévisés² ». Là où la France distingue clairement deux catégories de services à la demande, le Royaume-Uni met l'accent (mais sans grande précision) sur le type de programmes qui composent un service à la demande.

* Conseiller en médias, EURALVA

1) Décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande, articles 1(I) (1) et (2).

2) *Audiovisual Media Services Regulations 2009* (Réglementation de 2009 relative aux services de médias audiovisuels), Statutory Instrument 2009/2979, article 2.

La directive est également ambiguë quant aux rapports entre Etats membres et dispositifs de corégulation ou d'autorégulation. Bien que l'article 4 (7) encourage le recours à l'autorégulation et à la corégulation, le considérant 44 précise que l'autorégulation « ne devrait pas pouvoir se substituer aux obligations qui incombent au législateur national » et que la corégulation « dans sa forme la plus simple, assure un « lien juridique » entre l'autorégulation et le législateur national, dans le respect des traditions juridiques des Etats membres ». En outre, ajoute le considérant 44, « [la] possibilité d'une intervention de l'Etat devrait exister, dans le cadre de la corégulation, lorsque les objectifs du système ne sont pas atteints ». Ainsi, les dispositifs nationaux qui fixent dans le détail les attributions de ces autorités d'« autorégulation » ou de « corégulation » sont plus importants que la catégorie formelle à laquelle sont rattachées ces différentes instances.

II. La question de l'accès

Pour accéder à un service à la demande, le consommateur doit s'abonner à un réseau en haut débit, car ces services sont distribués selon des modalités complètement différentes des émissions de télévision. Si la radiodiffusion est un service à sens unique, émis sur les ondes, les services à la demande sont bidirectionnels et doivent être distribués individuellement. En outre, pour pouvoir visionner un programme à la demande, le consommateur doit s'abonner à un réseau à haut débit qui offre une bande passante et un débit suffisants pour lui assurer une réception sans interruption des programmes.

1. La distinction réglementaire entre transmission et contenu

La Directive SMAV n'évoque pas la question de l'accès, car elle s'appuie sur la distinction instaurée en 2002 par les autorités de l'UE entre la réglementation de la transmission et celle du contenu. La transmission a été abordée dans une série de directives portant sur les communications électroniques³, mais les contenus devaient être réglementés par la directive sur le commerce électronique et la Directive SMAV.

L'interdépendance entre l'accès des consommateurs aux services à la demande et la réglementation du contenu de ceux-ci remet en question cette séparation réglementaire établie précédemment par l'UE. Un service à la demande peut chercher à réguler l'accès des consommateurs en imposant à ses spectateurs de s'abonner à un réseau de communications électroniques spécifique. Un radiodiffuseur télévisé qui lance un service de télévision de rattrapage peut faire de même, soit en jouant sur les spécifications techniques d'une nouvelle génération de décodeurs, soit en limitant l'accès des téléspectateurs à la plateforme numérique fournissant ledit service de télévision de rattrapage.

A ce jour, la France a adopté une approche dirigiste, tandis que le Royaume-Uni a choisi une orientation libérale. En Allemagne et en Espagne, où les responsabilités en matière de réglementation des télécommunications et de la télévision sont réparties entre l'Etat et les régions, les politiques nationales restent encore floues.

2. Les approches réglementaires française et britannique

Une rapide comparaison entre les approches retenues par la France et le Royaume-Uni donne des résultats éclairants. En novembre 2010, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (ou CSA, l'autorité française de régulation des médias) a lancé un appel à candidatures pour la diffusion d'un service de médias à la demande en mode numérique sur le multiplex R3. Il s'agit de mettre à la disposition du public français des services de télévision de rattrapage et de vidéo à la demande, les candidats retenus devant diffuser leurs services auprès de 95 % de la population française. Le CSA a également réservé une petite partie de la ressource électromagnétique pour permettre aux téléspectateurs d'accéder aux catalogues de programmes à la demande des candidats sélectionnés. Chaque candidature devra satisfaire à des objectifs de programmation portant sur le nombre de films et d'œuvres audiovisuelles disponibles et sur des quotas d'œuvres européennes et de programmes en version originale française⁴.

3) Directives 2002/19/CE et 2002/22/CE du 7 mars 2002, et Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002, dans sa version modifiée en 2009.

4) Décision n° 2010-764 du 16 novembre 2010 portant appel aux candidatures pour l'édition d'un ou plusieurs services de médias audiovisuels à la demande diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique.

L'Office des communications (Office of Communications, Ofcom), l'autorité britannique de régulation des médias et des télécommunications, a pour sa part adopté une approche libérale. YouView est un consortium réunissant sept partenaires : quatre radiodiffuseurs télévisuels de service public (la BBC, ITV, Channel 4 et Five) et trois opérateurs de télécommunications (British Telecom, Arqiva et TalkTalk). Ils sont en train de mettre au point un décodeur qui permettra aux téléspectateurs d'accéder à la fois à la plateforme de télévision numérique terrestre Freeview et, grâce à un réseau en haut débit, à des contenus à la demande tels que ceux qui sont disponibles sur BBC i-Player. Le consortium souhaite lancer un portail et mettre au point une interface unique pour la télévision IP (IPTV) au Royaume-Uni, même si le BBC Trust a insisté pour que la plateforme YouView permette aussi aux spectateurs d'accéder à d'autres fournisseurs de services à la demande⁵. Les sociétés BSkyB, Virgin, IP Vision, ainsi qu'une dizaine d'autres, se sont opposées aux projets de YouView, au motif que sa création fausserait le marché de l'IPTV. L'Ofcom a cependant rejeté leurs plaintes, arguant du fait que YouView serait bénéfique pour les consommateurs et les téléspectateurs, et qu'il était difficile de prévoir avec une quelconque certitude comment évoluerait le marché de la syndication de contenus⁶. Toutefois, YouView a récemment reporté son lancement à 2012, un retard qui, selon certains experts, signifie que le service sera créé trop tard pour s'imposer comme une référence au Royaume-Uni. Pendant ce temps, BSkyB et Virgin Media proposent chacun un service à la demande destiné au public britannique, service qui n'est accessible que par le biais du réseau à haut débit préexistant, ou via un service de câblodiffusion. Les deux entreprises utilisent leur service à la demande pour inciter tous leurs clients potentiels à souscrire à leurs services en haut débit.

En attendant, de nombreux téléspectateurs britanniques résidant en zone rurale n'ont aucun accès aux services à haut débit. Une fois achevé le déploiement de la télévision numérique terrestre en 2012, le Gouvernement britannique prévoit de prélever une partie des recettes issues de la redevance versée à la BBC afin de financer le développement d'un réseau haut débit universel. Il reste à préciser quels sont les téléspectateurs et les réseaux qui bénéficieront de cette décision. Ce flou actuel est probablement dû au fait que les règles de la Commission européenne sur l'octroi d'aides d'Etat au déploiement du haut débit diffèrent de celles qui s'appliquent au soutien à la radiodiffusion de service public. Les premières relèvent d'une approche territoriale, et dépendent de l'environnement concurrentiel en matière de télécommunications dans la région susceptible de bénéficier de l'aide publique⁷, tandis que les secondes reposent sur les futures améliorations apportées au service public par le diffuseur⁸.

Je souhaiterais à présent étudier un certain nombre de dispositions de la Directive SMAV destinées à informer les consommateurs quant à la nature des programmes proposés au sein des services à la demande.

III. Programmes ne convenant pas aux enfants

La plupart des spectateurs accueilleront favorablement l'article 12 de la Directive SMAV, lequel impose aux Etats membres de veiller à ce que les mineurs ne puissent normalement pas entendre ou voir des services à la demande susceptibles de nuire gravement à leur épanouissement physique, mental ou moral.

Malheureusement, l'article se contente d'évoquer les services à la demande comme un tout, il n'aborde pas la régulation à appliquer aux programmes distincts au sein d'un service. Néanmoins, l'article 4 (1) de la Directive SMAV autorise les Etats membres à prévoir des règles plus détaillées ou plus strictes, tandis que l'article 3 (4) leur permet également d'adopter des mesures complémentaires (à condition que celles-ci soient proportionnées) aux fins de protéger tant les mineurs que les consommateurs d'un service à la demande donné. Selon la façon dont chaque Etat conjuguera les devoirs qui lui incombent aux termes de l'article 12 et les pouvoirs que lui confèrent les articles 3 (4) et 4 (1), il

5) <http://www.bbc.co.uk/news/technology-11332147>

6) <http://media.ofcom.org.uk/2010/10/19/no-investigation-into-project-canvas/>

7) Communication de la Commission : Lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'Etat dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit (2009/C 235/04), Journal officiel C 235/7 du 30 septembre 2009.

8) Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat (2009/C 257/01), Journal officiel C 257/1 du 27 octobre 2009.

s'établira un équilibre entre la « censure a priori » exercée par les Etats membres sur les programmes à la demande, et le système de classification proposé par les fournisseurs de services à la demande.

Avant de décider d'accéder à un programme, les téléspectateurs qui sont aussi des parents souhaitent pouvoir restreindre l'éventail de programmes auxquels leurs propres enfants peuvent avoir accès depuis le domicile familial, ce qui se fait généralement par un dispositif électronique de contrôle parental. Dans la société européenne, les consommateurs sont habitués à ce que les films en salles et les DVD fassent l'objet d'une classification par un organisme d'autorégulation ou de corégulation. Par ailleurs, l'Etat utilise fréquemment ses pouvoirs d'octroi de licences afin de réguler les programmes pouvant être diffusés par telle ou telle chaîne de télévision, et leur tranche horaire de diffusion.

Bien que l'article 10 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) permette aux Etats signataires de soumettre les services de télévision à un régime d'autorisation, il n'en va pas de même pour les services à la demande. Un Etat qui entendrait restreindre la liberté d'expression d'un tel service devrait invoquer les pouvoirs que lui confère l'article 10 (2) de la Convention, lequel exige que toute restriction de ce type soit à la fois prévue par la loi et « nécessaire dans une société démocratique ». La CEDH limite donc l'interprétation que les Etats membres pourraient faire des pouvoirs que leur confèrent les articles 3 (4) (a) (i) et 4 (1) de la Directive SMAV.

La plupart des consommateurs attendront donc des Etats européens qu'ils arrêtent des dispositions réglementaires garantissant un équilibre entre la liberté d'expression des services à la demande d'une part, et le droit des téléspectateurs de restreindre l'accès de leurs enfants à des programmes inadaptés d'autre part. Pour ce faire, les spectateurs auront besoin d'un système de classification accompagné d'un dispositif électronique de contrôle parental. Ces derniers pourraient également être instaurés par une instance de corégulation ou d'autorégulation.

IV. La classification des programmes à la demande

De nombreux Etats membres ont d'ores et déjà mis au point des systèmes de classification pour les programmes télévisés, et certains d'entre eux les appliquent également aux services de télévision de rattrapage. En France, le CSA a étendu aux services à la demande le régime de corégulation de classification des programmes adopté en 1996 en concertation avec les entreprises de télévision⁹. Ce dispositif de signalétique et d'étiquetage comporte cinq niveaux et prévoit l'aménagement d'une « zone de confiance » correspondant aux programmes tous publics. Les programmes télévisés classés en catégorie IV (interdits aux moins de 16 ans) sont parfois restreints à certaines heures de diffusion, tandis que les programmes de catégorie V (interdits aux moins de 18 ans) permettent aux téléspectateurs d'avoir recours au contrôle parental, dans la mesure où ils doivent faire l'objet d'un paiement à part. Ils sont également soumis à des restrictions d'accès d'ordre technique, par exemple avec l'utilisation d'un code confidentiel¹⁰.

Aux Pays-Bas, le secteur de l'audiovisuel a mis au point un système d'autorégulation baptisé Kijkwijzer, qui présente deux composantes. La première permet de savoir si tel programme est adapté aux enfants d'âges divers, tandis que la seconde signale aux parents la présence dans le programme d'éléments socialement indésirables, tels que des jurons, des rapports sexuels, des scènes de consommation de drogue ou de discrimination raciale. A ce jour, Kijkwijzer a ainsi catégorisé plus de 32 000 productions audiovisuelles, et 90 % des parents néerlandais ont recours à ce dispositif¹¹. Il est donc fort probable que les Pays-Bas étendent à l'avenir ce système à leurs services à la demande.

Le Gouvernement britannique a adopté un critère beaucoup plus strict, pour les services à la demande, que ne l'exigeait la Directive SMAV. Les services à la demande doivent veiller à ce que les personnes de moins de 18 ans ne soient normalement pas en mesure de voir ou d'entendre « tout

9) Délibération n° 2010-57 du 14 décembre 2010 relative à la protection du jeune public, à la déontologie et à l'accessibilité des programmes sur les services de médias audiovisuels à la demande.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023312354&dateTexte=&categorieLien=id>

10) Voir cet article du site de l'EPRA en date du 5 janvier 2011 : http://www.epra.org/comasystem/view/presse/view_presse.pl?datensatz=preNQY34mivgKfMv913U0QlvjZBwc2yzTOXjDD2Jgvp2QaGbyV1t1294229416

11) <http://www.kijkwijzer.nl/index.php?>

matériel susceptible de nuire gravement à [leur] épanouissement physique, mental ou moral¹² ». Cette formulation proscriit tout matériel lui-même contenu dans un service à la demande, et pas seulement le service considéré dans sa globalité. Il peut désigner une unique scène au sein d'un programme par ailleurs inoffensif.

Traditionnellement, chez les radiodiffuseurs de service public au Royaume-Uni, l'heure de diffusion des émissions reflète leur classification. Ces mêmes radiodiffuseurs ont instauré une forme de classification des programmes dans leurs services de télévision de rattrapage, et mis à disposition par là même un contrôle parental. Le problème, pour les téléspectateurs britanniques, est le manque d'homogénéité des dispositifs. Le verrouillage parental sur BBC i-Player protège actuellement les enfants de moins de 16 ans, alors que sur ITV Player, il concerne les mineurs de moins de 18 ans. Par ailleurs, 4oD, le service à la demande public (mais financé par des annonceurs) de Channel 4, dispose de deux verrous parentaux destinés à protéger respectivement les enfants de moins de 16 et de 18 ans.

L'Autorité de la télévision à la demande (Authority for Television On Demand, ou ATVOD), récemment établie comme autorité de corégulation au Royaume-Uni pour la centaine de services à la demande, télévisés ou non, recensés à ce jour (dont plusieurs visent le public d'autres pays membres de l'UE), exige simplement de ses membres qu'ils identifient les programmes ne convenant qu'aux adultes. Dans le cas où l'âge du spectateur n'est pas vérifié à chaque fois que celui-ci utilise le service, les opérateurs doivent veiller à ce que tout accès à de tels contenus soit contrôlé par l'utilisation de systèmes de sécurité obligatoires, tels que des mots de passe ou des codes confidentiels¹³. L'ATVOD a pour l'instant opté pour une approche prudente, et n'a repris que partiellement la classification 18R du British Board of Film Classification (Bureau britannique de classification des films) portant sur les DVD vendus exclusivement dans les sex-shops. Ceci résulte peut-être du fait que le Gouvernement britannique a demandé à l'Ofcom, le régulateur national, d'étudier avec l'aide de l'ATVOD « si la nouvelle réglementation offre une protection suffisante pour les enfants et les adolescents eu égard aux contenus explicitement sexuels, et de lui remettre un rapport¹⁴ ». Ceci pourrait conduire à la création d'une tranche de classification supplémentaire, afin de responsabiliser les parents qui souhaitent protéger leurs enfants contre tout contenu à caractère sexuel, ou à l'instauration d'un seuil plus strict pour la classification de tous les programmes diffusés par des services disposant d'une autorisation au Royaume-Uni. A ce jour, la mise à disposition éventuelle d'un système de contrôle parental supplémentaire pour les téléspectateurs n'a fait l'objet d'aucun débat public.

Toutefois, aux termes de l'article 30 de la Directive SMAV, les organismes de régulation indépendants compétents dans chaque Etat membre sont tenus de prendre des mesures appropriées pour se communiquer mutuellement et communiquer à la Commission européenne les informations nécessaires aux fins de l'application des articles 3 et 4 de la directive ; il leur serait donc possible de mettre au point une série de systèmes de classification accompagnés de dispositifs de contrôle parental. Ceci donnerait aux parents les moyens de protéger enfants et adolescents contre les contenus à caractère explicitement sexuel et les autres contenus indésirables.

V. Œuvres européennes

Le considérant 69 de la Directive SMAV justifie de deux façons l'instauration d'un quota d'œuvres européennes dans les services à la demande. D'une part, ils pourraient remplacer en partie la radiodiffusion télévisuelle à l'avenir et, d'autre part, ils contribueraient activement à la promotion de la diversité culturelle. Le considérant propose entre autres que les services de vidéo à la demande incluent un pourcentage minimal d'œuvres européennes dans leurs catalogues, ou que celles-ci fassent l'objet d'une présentation attrayante dans les guides électroniques de programmes. En conséquence, l'article 13 de la Directive SMAV exige des Etats membres qu'ils veillent notamment à ce que les services de médias audiovisuels à la demande promeuvent, lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés, l'accès aux œuvres européennes. Ceci pourrait se traduire par une part et/ou une place importante réservée à ces œuvres dans le catalogue de programmes proposés par un tel service.

12) Audiovisual Media Services Regulations, *op. cit.*, article 368E (2).

13) http://www.atvod.co.uk/uploads/files/ATVOD_Rules_and_Guidance_Ed1.1_Mar_2011.pdf

14) *Ibid.*

L'avènement des services à la demande offrira aux spectateurs un plus grand choix de médias audiovisuels, ce qui les incitera aussi à prendre plus activement part au choix des programmes à regarder. Il n'existera plus de corrélation automatique, comme le suggère le considérant 69, entre la production et la distribution des œuvres européennes, d'une part, et le développement de la diversité culturelle, d'autre part. Néanmoins, le public européen accueillera sans doute favorablement l'importance donnée à l'introduction d'informations sur l'origine des différents programmes européens dans les catalogues des fournisseurs de services de vidéo à la demande. Mais il est aussi important, tant pour les Etats membres que pour les services à la demande, de mettre en avant les qualités ainsi que la classification des œuvres européennes individuelles. Les téléspectateurs n'attendront pas seulement des services à la demande qu'ils leur signalent les programmes européens dans leurs catalogues, mais aussi qu'ils leur fournissent un descriptif des qualités de chaque œuvre. La Commission européenne pourrait rattacher une évolution de ce type à son projet de label du patrimoine européen, lequel est actuellement porté par la Direction générale de l'éducation et de la culture¹⁵.

Par ailleurs, étant donné que le considérant 32 et les articles 1(1)(n) et 1(4) de la Directive SMAV ouvrent la voie à des définitions très souples et parfois obscures de ce qu'est une œuvre européenne, les consommateurs qui souhaiteront effectivement profiter de la diversité culturelle qui s'offrira à eux du fait de la présence d'œuvres européennes dans les services à la demande accueilleront tout aussi favorablement une certaine forme de coopération entre les différentes instances de régulation nationales responsables de la mise en œuvre des lois relatives à la protection du consommateur. Ces instances pourraient utiliser les pouvoirs que leur confère le règlement n° 2006/2004 de l'UE¹⁶ afin d'élaborer une définition plus cohérente et plus accessible pour les consommateurs d'une œuvre européenne au sein d'un service à la demande.

VI. Placement de produit

Bien que l'article 11 (2) de la Directive SMAV instaure une interdiction générale du placement de produit, l'article 11 (3) l'autorise par dérogation dans tous les types de programmes, à l'exception de ceux destinés aux enfants, et à condition notamment que les téléspectateurs soient clairement informés de sa présence. Afin d'éviter toute confusion, l'article 11 (3) (d) précise que les programmes comportant du placement de produit doivent être identifiés de manière appropriée au début et à la fin de leur diffusion, ainsi que lors de la reprise du programme après une interruption publicitaire. Pour l'instant, la France, la Communauté française de Belgique et le Royaume-Uni (entre autres) ont adopté une réglementation requérant l'affichage d'un logo neutre afin d'avertir les téléspectateurs de la présence d'un placement de produit. Mais si la France exige que ce logo apparaisse pendant une minute, et la Belgique francophone, pendant dix secondes, le Royaume-Uni ne demande qu'un affichage de trois secondes¹⁷. Plus l'avertissement est bref, plus il est probable que certains téléspectateurs se laisseront abuser.

Par ailleurs, les règles encadrant la signalétique relative au placement de produit dans l'article 11 (3) (d) de la Directive SMAV ne tiennent pas compte du moment auquel le consommateur paie pour visionner un programme. Les exigences posées par la Directive SMAV peuvent peut-être suffire, en termes d'avertissement, pour les programmes faisant partie d'un service de télévision de rattrapage, mais ils sont insuffisants dans le cadre d'un service de paiement à la séance (« *pay-per-view* »). Le spectateur a besoin de savoir, avant de payer, si le programme fait appel ou non au placement de produit. En outre, le dernier alinéa de l'article 11 (3) (d) permet aussi aux Etats membres de déroger à l'exigence de diffuser un tel avertissement, pour autant que le programme n'ait été ni produit ni commandé par le fournisseur de services de médias lui-même. Cette exception à l'obligation d'informer les consommateurs quant à la présence d'un placement de produit dans un programme est en contradiction avec l'article 9 de la directive, lequel interdit les communications commerciales audiovisuelles clandestines.

Enfin, il est une autre source de préoccupation pour les téléspectateurs : le développement du système MirriAd, soutenu par Oxford Capital Partners et le groupe STV, qui permet d'incruster

15) http://ec.europa.eu/culture/our-programmes-and-actions/doc2519_fr.htm

16) Journal officiel du 9 décembre 2004 n° L 364/1.

17) Délibération n° 2010-4 du 16 février 2010 relative au placement de produit dans les programmes de télévision, article VII ; <http://www.csa.be/documents/show/1143> ; et <http://media.ofcom.org.uk/2010/12/20/rules-for-product-placement/>

directement dans les contenus vidéo, au stade de la postproduction, des images extrêmement réalistes de produits de marque. Bien que ce système prétende ne pas empiéter sur l'indépendance éditoriale des fournisseurs de services de médias, il permet d'intégrer numériquement des images de marques avant que le consommateur accède au programme. La version d'une œuvre distribuée par un service à la demande pourrait donc être différente de celle diffusée à la télévision ; une version pourrait être mise à la disposition des téléspectateurs sans placement de produit dans un Etat membre, mais avec placement de produit dans un autre. Là encore, les consommateurs européens attendront des autorités nationales de protection des consommateurs qu'elles coopèrent en vertu des pouvoirs que leur confère le règlement n° 2006/2004, afin de faire en sorte que les services à la demande européens diffusent la même version d'un programme dans l'ensemble du marché unique.

VII. Programmes pour enfants

La Directive SMAV évoque à plusieurs reprises les programmes destinés aux enfants. Son article 9 (2) encourage les fournisseurs de services à élaborer des codes déontologiques relatifs à la communication commerciale audiovisuelle inappropriée concernant les denrées alimentaires ou les boissons accompagnant les programmes pour enfants ou incluse dans ces programmes. L'article 10 (4) interdit la diffusion d'un logo de parrainage au cours des programmes pour enfants, et le deuxième paragraphe de l'article 11 (3) interdit le placement de produit dans ces mêmes programmes. Par ailleurs, l'article 20 (2) définit la légitimité des coupures publicitaires lors de la transmission télévisée des programmes pour enfants. Malheureusement, ces dispositions n'offrent aucune protection réelle aux enfants des spectateurs contre la force de persuasion des professionnels de la communication commerciale. La directive ne définit à aucun moment ce qu'est un « programme pour enfants » et ses dispositions ne protègent pas non plus les enfants, dans la mesure où le législateur n'a opéré aucune distinction entre les programmes pour enfants et les programmes que regardent les enfants. Elles permettent aux professionnels de la communication commerciale de s'adresser aux enfants en incluant des publicités et du placement de produit au sein des programmes familiaux.

Par ailleurs, bien que la Commission européenne soit tenue, en vertu de l'article 33 de la Directive SMAV, de remettre au Parlement européen et au Comité économique et social européen un rapport sur la mise en œuvre de la directive avant le 19 décembre 2011, elle doit uniquement évaluer la publicité télévisée accompagnant les programmes pour enfants ou incluse dans ceux-ci. Il ne lui est pas demandé de s'intéresser à la publicité, au parrainage ou au placement de produit dans les services à la demande.

Dans la mesure où la directive ne protège pas les enfants, les téléspectateurs européens n'ont plus qu'à espérer que les instances de régulation et de corégulation trouveront le moyen d'instaurer l'affichage d'un logo positif dans les programmes pour enfants, logo qui garantira que le programme (a) ne comporte pas de communications commerciales audiovisuelles inappropriées relatives à la nourriture et aux boissons, (b) ne contient ni placement de produit, ni placement d'accessoires (« prop placement ») mis en avant de façon excessive, et (c) ne présente aucune coupure publicitaire. Les autorités de corégulation, lesquelles sont en Europe généralement plus proches des professionnels de la communication commerciale audiovisuelle que ne le sont les instances de régulation officielles, seraient peut-être plus à même de concrétiser cette ambition.

VIII. Conclusion

Les consommateurs européens jugent que la Directive SMAV n'a de loin pas su protéger leurs intérêts. Les Etats membres devront mettre en œuvre des réglementations nationales pour garantir à tous les ménages un choix de services à haut débit permettant d'accéder aux services à la demande. Les consommateurs attendent par ailleurs des fournisseurs de services qu'ils proposent eux-mêmes une classification de leurs programmes afin qu'il soit possible de déterminer si ceux-ci conviennent aux enfants, et ce, en lien avec un ensemble de dispositifs électroniques permettant un contrôle parental. Enfin, il faut que les œuvres européennes, les programmes comportant du placement de produit et ceux destinés aux enfants fassent l'objet d'une signalétique appropriée et cohérente, et ce avant d'obliger les téléspectateurs à payer pour les visionner.

Les attentes des législateurs et des autorités de régulation dans le domaine des services de médias audiovisuels à la demande

Joan Barata Mir*

Faculté des sciences de la communication Blanquerna,
Université Ramon Llull

I. Les services à la demande considérés comme des services de médias audiovisuels

La prise en compte des services non linéaires dans le champ de la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV¹) a induit un changement important dans la réglementation des médias de masse. Avant l'adoption de ce texte, seuls les services linéaires (c'est-à-dire la radiodiffusion traditionnelle) étaient concernés par le régime juridique de l'audiovisuel. Ce dernier, qui diffère des cadres applicables à la presse écrite et au commerce électronique, se caractérise par l'accent mis sur la protection d'un certain nombre de valeurs jugées fondamentales pour une réglementation démocratique de la radiodiffusion : protection de la dignité humaine, protection des mineurs, interdiction de l'incitation à la haine, protection des consommateurs contre certains messages publicitaires abusifs, etc.

Un autre article de la présente publication aborde les critères juridiques permettant de définir et d'identifier les services non linéaires, par opposition aux services linéaires traditionnels et surtout aux simples services de commerce électronique. Il faut garder à l'esprit qu'avant l'adoption de la Directive SMAV, les services audiovisuels en ligne étaient considérés comme des services de commerce électronique et réglementés comme tels, tant au niveau de l'UE que dans les différents Etats. On notera cependant ici que c'est principalement parce que le législateur européen a commencé à considérer les services audiovisuels à la demande comme des services de communication relevant des médias de masse que ce changement s'est produit². Cette nouvelle perspective réglementaire a entraîné l'application à ces services de principes tout à fait pertinents.

D'une part, dans la mesure où les services audiovisuels à la demande entrent à présent dans le champ d'application de la Directive SMAV, certaines valeurs comme celles évoquées dans le premier paragraphe du présent article vont désormais concerner aussi ces services, même si les instruments réglementaires employés pour promouvoir ces valeurs peuvent être différents de ceux qui existent

* Vice-doyen pour les affaires internationales et professeur en droit de la communication à la faculté des sciences de la communication Blanquerna (URL, Barcelone)

1) Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels.

2) Le considérant 21 de la directive indique : « Aux fins de la présente directive, la définition du service de médias audiovisuels devrait couvrir [...] les services de médias audiovisuels, que ce soit de la radiodiffusion télévisuelle ou à la demande, qui sont des médias de masse, c'est-à-dire qui sont destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d'avoir sur elle un impact manifeste. » Le considérant 22, quant à lui, insiste sur le fait que « [a]ux fins de la présente directive, la définition du service de médias audiovisuels devrait couvrir les médias de masse en tant que moyens d'information, de divertissement et d'éducation du grand public ».

pour la radiodiffusion traditionnelle. Le texte de la directive souligne la nécessité de préserver ces valeurs et ces droits dans le cadre de tous les services audiovisuels, quels qu'ils soient, mais laisse aux Etats membres une certaine marge de manœuvre pour définir et mettre en place les instruments réglementaires particuliers qui s'appliqueront³. De ce point de vue, des facteurs tels que le niveau de pénétration des services à la demande sur le marché audiovisuel national, la nécessité d'éviter toute mesure qui freinerait le déploiement de ces services par le secteur privé, ainsi que le niveau de réglementation et le modèle de culture réglementaire propres à chaque pays, joueront probablement (et jouent déjà, en réalité) un rôle clé dans l'adoption d'un cadre juridique spécifique. Dans le cas du Royaume-Uni, par exemple, un mécanisme structuré de corégulation a été instauré pour les services à la demande, avec une mission clairement définie et des pouvoirs d'intervention aux contours précis qui demeurent l'apanage de l'autorité de régulation des communications. En Espagne, le législateur s'est contenté de reproduire à l'identique le libellé générique de la directive en matière de services à la demande, et de l'incorporer dans la nouvelle loi nationale. Il n'a ni précisé la définition des services à la demande, ni élaboré de régime réglementaire particulier⁴.

D'autre part, la responsabilité éditoriale, considérée comme un élément fondamental permettant d'imposer certains devoirs aux fournisseurs de services (dispositif bien connu dans la radiodiffusion traditionnelle), concernera aussi, pour la première fois, les fournisseurs de services audiovisuels à la demande. L'application d'un tel concept à ce nouveau domaine modifiera les possibilités d'intervention des pouvoirs publics dans le secteur de la fourniture de contenus à la demande, au moins s'agissant de certains aspects de la responsabilité juridique des fournisseurs⁵.

Quoi qu'il en soit, l'une des notions à ne pas perdre de vue est celle de proportionnalité. La réglementation des services audiovisuels est liée à la promotion de la culture, à la construction de l'opinion publique, au pluralisme, ainsi qu'à de nombreux autres intérêts publics légitimes. Mais elle consiste avant tout à imposer des limites à l'exercice d'un droit fondamental. De ce fait, toute régulation des services de médias audiovisuels doit satisfaire au critère de proportionnalité applicable à toute restriction du droit à la liberté d'expression et d'information, conformément à la jurisprudence solide et sans équivoque de la Cour européenne des droits de l'homme (sans oublier, bien sûr, les garanties apportées par le système constitutionnel de chaque Etat membre). Il n'est pas possible d'approfondir ici davantage cette question. Rappelons toutefois que selon la Cour, les seules restrictions recevables sont celles qui sont prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique. On notera que cette notion de « nécessité » est également associée à l'obligation d'adopter les mesures qui soient les moins restrictives possibles et qui poursuivent un objectif légitime, c'est-à-dire l'un de ceux visés par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁶. Du fait de cette référence aux droits de l'homme, il est évident que la notion de proportionnalité doit être prise en compte dans le choix des mesures de régulation particulières à adopter dans le domaine des services à la demande. Le législateur européen semble du reste avoir conscience de cette obligation : ainsi, si les Etats membres doivent faire en sorte que les services de radiodiffusion ne comportent aucun programme susceptible de nuire gravement à l'épanouissement des mineurs (article 27 de la Directive SMAV), ils sont simplement tenus, dans le cas des services à la demande, de veiller à ce que ce type de contenus ne soient mis à la disposition du public que dans des conditions telles que les mineurs ne puissent normalement pas les entendre ou les voir (article 12 de la Directive SMAV). Dans la mesure où il existe des solutions techniques permettant d'empêcher les mineurs d'accéder aux contenus nuisibles dans le cadre des

3) D'une part, le considérant 58 de la directive souligne : « 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. 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. » D'autre part, divers articles de la directive concernant les services audiovisuels à la demande, dans des domaines tels que, entre autres, la transparence, la lutte contre l'incitation à la haine, l'accessibilité, le respect de certaines exigences en matière de communications commerciales audiovisuelles et la protection des mineurs, n'instaurent pour la plupart qu'une obligation générale pour les Etats membres de « [prendre] les mesures appropriées » pour que soient respectées certaines dispositions minimales, ajoutant parfois que ces mesures ne doivent être prises que « lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés ». Voir les articles 5 à 13 de la directive.

4) Loi 7/2010 du 31 mars.

5) Voir le considérant 25 de la directive. Comme le rappelle le considérant 45, la notion de responsabilité éditoriale est directement liée au rôle joué par les fournisseurs de services audiovisuels dans la formation de l'opinion publique : « Compte tenu de la nature spécifique des services de médias audiovisuels et, en particulier, de l'influence qu'ils exercent sur la manière dont le public se forme une opinion, il est essentiel que les utilisateurs sachent exactement qui est responsable du contenu de ces services. »

6) Voir le premier arrêt de la CEDH et le plus important dans ce domaine, l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976.

services audiovisuels à la demande, on voit que l'interdiction stricte des contenus pornographiques constituerait une mesure disproportionnée.

Autre illustration intéressante du débat autour des droits de l'homme : l'obligation de détenir une licence pour proposer des services de médias audiovisuels. La CEDH dispose, au premier alinéa de son article 10, que le droit à la liberté d'expression « n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations ». La Cour européenne des droits de l'homme, dans son célèbre arrêt *Groppera Radio c. Suisse*⁷, a donné son interprétation de la dernière phrase de l'alinéa 1, indiquant que l'insertion de cette clause dans la Convention « s'inspirait manifestement de préoccupations techniques ou pratiques, comme le nombre réduit des fréquences disponibles et les investissements importants à consacrer à la construction des émetteurs ». Dans le même temps, toutefois, elle affirme aussi que « la troisième phrase de l'article 10 § 1 (art. 10-1) de la Convention tend à préciser que les Etats peuvent réglementer, par un système de licences, l'organisation de la radiodiffusion sur leur territoire, en particulier ses aspects techniques. Elle ne soustrait cependant pas les mesures d'autorisation aux exigences du paragraphe 2 (art. 10-2), sans quoi on aboutirait à un résultat contraire à l'objet et au but de l'article 10 (art. 10) considéré dans son ensemble. » On pourrait conclure de cette jurisprudence que, même si des raisons autres que techniques peuvent justifier l'imposition d'un régime de licences dans le domaine des services audiovisuels à la demande, une telle mesure ne doit être appliquée que si elle est strictement nécessaire pour protéger d'autres intérêts publics légitimes. En outre, il faut tenir compte du fait que, pour être acceptable, un régime de licences fondé sur une intervention ex ante doit pouvoir être justifié par rapport à d'autres modes d'intervention réglementaire moins restrictifs, tels que des systèmes de notification ou d'agrément.

De manière générale, la fourniture de services à la demande est soumise à des principes et à des droits particulièrement importants et pertinents. Néanmoins, certains éléments, tels que la technologie employée pour permettre l'accès à ces services, ainsi que la situation – variable – du spectateur qui les consommera, modifieront l'appréciation des mesures de restriction de la liberté d'expression qu'il pourrait être justifié d'adopter. Certaines technologies d'accès à ces services pourraient appeler la mise en œuvre de mesures réglementaires moins restrictives, mieux ajustées et mieux adaptées aux caractéristiques propres à ces technologies.

II. Portée de la réglementation et de la législation sur les services de médias audiovisuels à la demande

L'un des principaux problèmes juridiques posés par les services à la demande concerne la portée réelle de la réglementation et la capacité des instances nationales à atteindre ces services. Si l'accès aux services de radiodiffusion reste fortement conditionné par le territoire de réception, il suffit parfois pour accéder à des services de médias audiovisuels à la demande de disposer d'une connexion haut débit ; peu importe le lieu d'accès, l'heure ou l'équipement utilisé. Des contenus à la demande peuvent ainsi potentiellement avoir une incidence sur l'opinion publique d'un Etat ou d'un territoire donné, même si les autorités de celui-ci n'ont aucun rôle à jouer dans la réglementation des contenus, l'octroi des agréments ou des licences des diffuseurs concernés, ou encore le contrôle de leurs activités.

Dans ce domaine, il est important de bien distinguer deux types de services à la demande : d'un côté, ceux qui sont proposés par les radiodiffuseurs traditionnels ou les sociétés de distribution par câble et par satellite (c'est-à-dire des prestataires qui diffusent également des services de radio et de télévision par le biais de leur infrastructure) et, de l'autre, les services à la demande acheminés et proposés en ligne par des personnes et intermédiaires divers.

Dans le premier cas, il est évident que, si la situation juridique des détenteurs des infrastructures de diffusion par câble et par satellite peut être amenée à changer dans le domaine des services à la demande, il demeure cependant relativement facile d'identifier l'entité responsable de la diffusion de tel ou tel contenu et l'autorité nationale compétente pour en assurer la régulation. Ainsi qu'il vient d'être rappelé, certains diffuseurs qui se retrouvent pour la première fois directement responsables de la sélection et de l'élaboration d'un catalogue vidéo (alors qu'ils se contentaient auparavant de fournir et d'acheminer le signal d'un ensemble de chaînes de télévision et de stations de radio sous la

7) Arrêt *Groppera Radio et autres c. Suisse* du 28 mars 1990.

responsabilité d'un tiers) en endosseront désormais aussi la responsabilité éditoriale aux termes de la Directive SMAV. Il est toutefois permis de penser que les diffuseurs de services à la demande, ainsi que les radiodiffuseurs qui complètent leur offre avec des services à la demande, accepteront sans difficulté les principes qui s'appliquaient précédemment aux seuls services linéaires et les transposeront à leurs activités à la demande. Ils ont tout intérêt à le faire, d'un point de vue commercial, afin de garantir aux spectateurs ou aux utilisateurs (selon le cas) un niveau de protection réglementaire relativement homogène, notamment dans des domaines tels que la protection des mineurs, la classification des contenus ou la transparence.

Dans le cas des services à la demande mis à disposition en ligne, certains facteurs sont radicalement différents par comparaison avec les contenus linéaires : le degré de délocalisation des producteurs de certains contenus peut être nettement plus élevé⁸, l'intervention d'intermédiaires est plus fréquente, enfin, les opérateurs n'ont guère d'incitations à accepter et à endosser la responsabilité des contenus, et donc à se soumettre à la réglementation relative à l'audiovisuel. Dans ce contexte, en raison du degré de délocalisation évoqué ci-dessus et de l'internationalisation des services à la demande diffusés sur internet, il faut tenir compte du fait que les opérateurs risquent de relever de plusieurs cadres réglementaires spécifiques, de différentes autorités de régulation, et de jurisprudences variées. En raison de ce risque, les prestataires de services ont semble-t-il peu de raisons d'accepter les mécanismes de régulation traditionnels. Ceci étant dit, il est également vrai que la réglementation pourrait potentiellement s'appliquer indirectement aux services à la demande, une part de la charge réglementaire se trouvant alors supportée par les intermédiaires qui assurent l'acheminement final du service (FAI, propriétaires d'infrastructures, etc.), lesquels sont plus susceptibles de relever de la compétence d'autorités nationales facilement identifiables. Néanmoins, comme l'ont relevé certains auteurs, la tentation d'étendre la responsabilité au « dernier kilomètre » du service pourrait s'avérer excessive, dans la mesure où les FAI et/ou d'autres acteurs comparables se verraient alors imposer des obligations irréalistes et trop lourdes en matière de contrôle des contenus en amont⁹.

III. Problèmes posés par la réglementation des services audiovisuels à la demande sur internet

S'agissant des seuls services audiovisuels à la demande, le premier grand défi pour l'application de la loi et probablement, à moyen terme, pour les législateurs nationaux et européens, consiste à clarifier certains concepts ambigus apparus à l'occasion de la réforme de la Directive SMAV menée en 2007. Certains critères d'exclusion (des services de médias audiovisuels) fixés par la directive afin d'établir la frontière entre radiodiffusion traditionnelle, médias audiovisuels à la demande et services de commerce électronique, notamment, sont devenus difficiles à interpréter et pourraient même donner lieu à des applications arbitraires du texte.

On notera que la directive exclut ainsi les services à la demande qui ne sont pas « de type télévisuel » (sic), les « versions électroniques des journaux » ainsi que les modes de communication « dont la vocation première n'est pas économique et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites web privés et les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt¹⁰ ». Sans aborder les problèmes d'interprétation que peuvent soulever ces concepts au stade actuel du développement des formats de communication en ligne, on peut s'interroger sur le bien-fondé de certaines de ces exclusions. En d'autres termes, il n'est pas prouvé que les contenus audiovisuels intégrés dans ce que l'on appelle les versions électroniques des journaux n'aient aucune incidence sur la sphère publique audiovisuelle, ni qu'il soit possible de les distinguer clairement d'autres formes de services de médias audiovisuels. On peut également se demander si les contenus audiovisuels mis à disposition par les utilisateurs privés de grands réseaux sociaux influents peuvent encore être considérés comme des communications purement privées ou sans vocation commerciale. A ce jour, on peut sans doute dire que l'application littérale de certaines de ces exclusions est susceptible d'induire des traitements

8) Songeons, par exemple, au cas d'un contenu audiovisuel produit par un jeune activiste égyptien, puis diffusé par le biais de nombreux réseaux sociaux, journaux et de plateformes vidéo alimentées par les utilisateurs.

9) Voir Arino, M., « Content Regulation and New Media: A Case Study of Online Video Portals », *Communications & Strategies*, n° 66, 2^e trimestre 2007, p. 115.

10) Voir les considérants 21 et 28.

discriminatoires, dans la mesure où de véritables services de médias audiovisuels de masse pourraient se retrouver hors du champ d'application des normes et des principes de la Directive SMAV.

Un second ensemble de problèmes concerne, comme on l'a montré plus haut, l'existence d'un certain nombre d'intermédiaires et la manière dont ils sont régulés, en tenant compte du régime d'exonération de responsabilité actuel issu de la législation relative au commerce électronique.

Tout d'abord, le créateur original d'un contenu à la demande peut exercer son activité dans un lieu très éloigné de toute autorité de régulation, ou rester tout simplement inconnu. Il est vrai que la réglementation traditionnelle relative à la radiodiffusion ne s'appliquait pas non plus aux créateurs de contenus ou aux producteurs. Toutefois, en raison du lien créé par les concessions et les licences entre radiodiffuseurs et autorités de régulation, mais aussi du fait du pouvoir incontesté des radiodiffuseurs en matière de sélection et d'acheminement des contenus au grand public, il était facile de faire peser sur les radiodiffuseurs le gros des responsabilités et des règles applicables à ce secteur. Dans l'univers non linéaire, les contenus originaux sont généralement diffusés par le biais d'un ensemble de plateformes, de portails et de réseaux de distribution.

Par ailleurs, ces intermédiaires jouent un rôle dans la sélection, la hiérarchisation et/ou la mise à disposition des contenus, rôle qu'il ne faut pas sous-estimer. Les débats tout à fait pertinents sur la neutralité d'internet, sur la puissance des moteurs de recherche et sur l'application, par ces intermédiaires, de règles privées discutables en ce qui concerne les contenus (on peut citer, par exemple, les critères appliqués aux vidéos YouTube, que l'entreprise a établis et qu'elle fait respecter elle-même¹¹), mettent en évidence l'importance de ce rôle et la nécessité de lui imposer des limites réglementaires. Toutefois, comme on l'a déjà signalé, même si ces intermédiaires interviennent et ont une part de responsabilité dans la fourniture et la mise à disposition de contenus audiovisuels du fait des décisions qu'ils sont amenés à prendre, on ne peut affirmer qu'ils mettent nécessairement en œuvre tous les critères et obligations découlant de la responsabilité éditoriale aux termes de la Directive SMAV. Par suite, exception faite du champ d'application très limité du régime fixé par la directive commerce électronique, il n'est pas certain que les nouveaux principes réglementaires relatifs aux services à la demande pourront être effectivement appliqués à certains intermédiaires pourtant tout à fait pertinents et accessibles (tels que les FAI, les grands portails ou les moteurs de recherche). Outre la question de l'application du concept de responsabilité éditoriale, un problème de proportionnalité est susceptible de se poser dans beaucoup de ces situations.

Le troisième élément important dans ce domaine est le changement de perception de la réglementation du point de vue du spectateur. En englobant les services non linéaires dans son champ d'application, la Directive SMAV semble s'éloigner d'une approche protectrice du spectateur, dans laquelle la responsabilité du public et sa capacité à se protéger contre les contenus illégaux étaient relativement faibles, et adopte un nouveau cadre basé sur l'hypothèse d'un spectateur d'un nouveau genre, formé aux médias, capable de différencier les contenus et de se protéger contre leurs éventuels effets nuisibles, avec une intervention réglementaire externe bien moindre. Plusieurs considérants de la directive semblent mettre l'accent sur cette notion de responsabilisation du spectateur. Certains auteurs critiquent toutefois la relative naïveté de cette perception et doutent que cette conception d'un spectateur mieux informé (voir les exigences en matière de transparence de l'article 5) et formé aux médias (voir la promotion des politiques d'éducation aux médias dans les considérants 12 et 47, ainsi que dans l'article 33) écarte la nécessité d'une intervention réglementaire. Il est encore moins probable qu'elle puisse contraindre les acteurs du marché de l'audiovisuel à fournir des contenus conformes aux grands principes du régime juridique applicable à l'audiovisuel¹².

11) YouTube constitue en effet un bon exemple de réglementation de la liberté d'expression à travers des règles adoptées et appliquées par une entité privée. Voir : www.youtube.com/t/community_guidelines

12) Helberger, N., « From eyeball to creator – toying with audience empowerment in the Audiovisual Media Service Directive », disponible sur : www.ivir.nl/publications/helberger/From%20eyeball%20to%20media%20literate%20viewer.pdf

IV. Défis en matière de régulation. Que faut-il faire ?

1. Clarifier les concepts

La Directive SMAV a introduit un changement important en élargissant son champ d'application à de nouveaux modes de la communication audiovisuelle de masse. Il est cependant nécessaire d'aller plus loin et de redéfinir les frontières entre les services audiovisuels à la demande et les autres services en ligne. Les définitions et exclusions fixées par le législateur européen en 2007 sont déjà dépassées, en raison de l'évolution extrêmement rapide de la technique et de l'usage social qui est fait des nouvelles technologies. N'oublions pas que la nouvelle directive a été adoptée à une époque où les réseaux sociaux et les modèles de distribution de contenus audiovisuels de type YouTube venaient de faire leur apparition ou n'existaient même pas.

2. Inciter les fournisseurs de services à la demande et les intermédiaires à adopter les principes de la régulation de l'audiovisuel

Les radiodiffuseurs traditionnels, ou les diffuseurs utilisant des plateformes classiques, peuvent être incités à transposer aux nouveaux services les principes réglementant la radiodiffusion des médias traditionnels, afin de garantir un certain niveau de protection commun à tous les services audiovisuels qu'ils proposent. Dans la plupart des cas, on peut considérer que les fournisseurs de services concernés ont la responsabilité éditoriale des contenus qu'ils mettent à disposition, à travers les médias tant traditionnels qu'à la demande. Toutefois, il risque d'être quelque peu plus difficile de trouver ou de créer des incitations comparables dans le domaine des services audiovisuels à la demande proposés sur internet, notamment vis-à-vis des intermédiaires, dans la mesure où ces derniers sont généralement exonérés de toute responsabilité éditoriale sur les contenus aux termes de la Directive SMAV. On pourrait établir une distinction entre les services de médias audiovisuels en ligne accessibles librement sur la toile et les services (plus ou moins) fermés (« *walled garden* » en anglais) pour lesquels il est normalement possible d'identifier un intermédiaire principal qui joue un rôle central dans la mise à disposition du service. Cet intermédiaire pourrait être moins réticent à adopter certains principes issus de la radiodiffusion traditionnelle (cela pourrait être le cas, par exemple, des fabricants de terminaux, des agrégateurs de contenu, des opérateurs de télécommunication qui gèrent directement ce type de systèmes fermés, etc.). Il n'est pas certain, néanmoins, que les intermédiaires, nombreux et variés, accepteraient de se soumettre aux instances compétentes et à la législation de plusieurs Etats différents (cas qui ne manquerait pas de se présenter, eu égard à la nature transfrontalière des services audiovisuels à la demande en ligne). Cette hypothèse ne paraît pas très réaliste au vu du degré de responsabilité actuel (limité) assumé par ces acteurs, et des exonérations de responsabilité qu'offre la réglementation des services en ligne non audiovisuels (la directive sur le commerce électronique, par exemple). Quoi qu'il en soit, et comme l'a souligné le professeur Eli Noam, les pouvoirs publics considéreront et utiliseront probablement ces intermédiaires comme un cordon sanitaire fort utile contre les contenus indésirables¹³.

3. Etudier les possibilités qu'offre le régime juridique actuel dans des domaines tels que le droit de la concurrence et la protection du consommateur

Dans certains cas, les comportements des intermédiaires évoqués dans le présent article relèvent de catégories parfaitement connues du droit de la concurrence (abus de position dominante, par exemple) ou du droit de la protection du consommateur (cas dans lesquels le rôle de l'intermédiaire gêne l'accès du consommateur à des informations lui permettant de faire son choix). Les instruments issus de ces deux disciplines générales pourraient ainsi fournir un cadre réglementaire précieux, qui n'a peut-être pas encore été exploré de façon exhaustive.

13) Noam, E., « Regulation 3.0 for Telecom 3.0 », *Telecommunications Policy*, volume 32, n° 1-2, février-mars 2010, p. 4.

4. Passer d'une réglementation ordinaire à une « gouvernance des communications »

Un modèle de gouvernance des communications devrait nécessairement passer par des dispositifs d'autorégulation et de corégulation, en particulier dans les domaines dans lesquels l'application de la réglementation traditionnelle serait soit trop complexe, soit incompatible avec la formulation littérale de la législation en vigueur.¹⁴ La mise en place de ce type de dispositifs ne doit toutefois pas conduire à une privatisation pure et simple du système permettant de contrôler les offres et de garantir certains principes importants. Un bon mécanisme de corégulation ou d'autorégulation doit être conçu et mis en œuvre sur la base d'objectifs de politique publique clairs ; il doit être accepté et jugé pertinent par le secteur privé ; il doit s'appuyer sur des mécanismes appropriés et proportionnés d'intervention sur le marché ; il doit responsabiliser les spectateurs en tenant compte avec réalisme de leurs capacités ; il doit prévoir des pouvoirs d'intervention adaptés selon que de besoin ; enfin, il va de soi que toutes les parties prenantes doivent être informées de l'existence de ces mécanismes d'autorégulation et de corégulation.

14) Voir le considérant 44 de la directive.

Éléments de la définition d'un service de médias audiovisuels	Définitions supplémentaires	Considérants correspondants
Art. 1 Al. 1 lit. a) i): Aux fins de la présente directive, on entend par: «service de médias audiovisuels» [...]	/	Considérant 29: Les caractéristiques des services de médias figurant dans leur définition et expliquées aux considérants 21 à 28 devraient toutes être réunies simultanément. Considérant 28: Le champ d'application de la présente directive devrait exclure les versions électroniques des journaux et des magazines.
- [...]un service tel que défini aux articles 56 et 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, [...]	/	Considérant 21, 2^e phrase: [Le] champ d'application [de la définition de service de médias audiovisuels] ne devrait couvrir que les services tels que définis par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et donc englober toutes les formes d'activité économique, y compris l'activité économique des entreprises de service public, mais exclure les activités dont la vocation première n'est pas économique et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites web privés et les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt.
- [...]qui relève de la responsabilité éditoriale [...]	Art. 1 Al. 1 lit. c): «responsabilité éditoriale» [désigne] 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. La responsabilité éditoriale n'a pas nécessairement pour corollaire une responsabilité juridique quelconque en vertu du droit national à l'égard du contenu ou des services fournis.	Considérant 25: La définition de la responsabilité éditoriale revêt une importance essentielle pour la définition du rôle du fournisseur de services de médias et, partant, pour celle des services de médias audiovisuels. Les Etats 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 oeuvre la présente directive. La présente Directive devrait être sans préjudice des exonérations de responsabilité prévues par la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique)
- [...]d'un fournisseur de services de médias [...]	Art. 1 Al. 1 lit. d): «fournisseur de services de médias» [désigne] 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.	Considérant 26: Aux fins de la présente directive, la définition du fournisseur de services de médias devrait exclure les personnes physiques ou morales qui ne font que diffuser des programmes dont la responsabilité éditoriale incombe à des tiers.

- [...] et dont l' objet principal	/	Considérant 22, 2^e phrase: Cette définition [de service de médias audiovisuels] devrait exclure tous les services dont la finalité principale n'est pas la fourniture de programmes, autrement dit les services dont le contenu audiovisuel est secondaire et ne constitue pas la finalité principale. Tel est par exemple le cas des sites web qui ne contiennent des éléments audiovisuels qu'à titre accessoire, comme des éléments graphiques animés, de brefs spots publicitaires ou des informations concernant un produit ou un service non audiovisuel. Pour ces mêmes raisons, les jeux de hasard impliquant une mise correspondant à une valeur monétaire, y compris les loteries, les paris et les autres formes de jeux d'argent, de même que les jeux en ligne et les moteurs de recherche, devraient également être exclus du champ d'application de la présente directive, mais pas les émissions consacrées aux jeux d'argent ou de hasard.
est la fourniture de programmes [...]	Art. 1 Al. 1 lit. b): «programme» [désigne] un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un fournisseur de services de médias et dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle. Un programme est, à titre d'exemple, un film long métrage, une manifestation sportive, une comédie de situation, un documentaire, un programme pour enfants ou une fiction originale.	Considérant 23: Aux fins de la présente directive, le terme «audiovisuel» devrait se référer aux images animées, combinées ou non à du son, et donc couvrir les films muets, mais pas la transmission audio ni les services de radiodiffusion. Si le principal objectif d'un service de média audiovisuel est la fourniture de programmes, la définition d'un tel service devrait également s'appliquer au contenu fondé sur le texte qui accompagne de tels programmes, comme les services de sous-titrage et les guides électroniques de programmes. Les services textuels autonomes ne devraient pas relever de la présente directive, ce qui ne devrait pas porter atteinte à la liberté des Etats membres de réglementer ces services au niveau national, conformément au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Considérant 24, 2^e phrase: [Les services de médias audiovisuels à la demande présentent la caractéristique d'être «de type télévisuel», ce qui signifie que, s'adressant au même public, ils sont en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle...]. Par conséquent, afin d'éviter les disparités en ce qui concerne la libre circulation et la concurrence, la notion de «programme» devrait être interprétée d'une manière dynamique qui tienne compte de l'évolution de la radiodiffusion télévisuelle.

Éléments de la définition d'un service de médias audiovisuels	Définitions supplémentaires	Considérants correspondants
[...]dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public [...]	/	<p>Considérant 21, 1^e phrase: Aux fins de la présente directive, la définition du service de médias audiovisuels devrait couvrir exclusivement les services de médias audiovisuels, que ce soit de la radiodiffusion télévisuelle ou à la demande, qui sont des médias de masse, c'est-à-dire qui sont destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d'avoir sur elle un impact manifeste.</p> <p>Considérant 22, 1^e phrase: Aux fins de la présente directive, la définition du service de médias audiovisuels devrait couvrir les médias de masse en tant que moyens d'information, de divertissement et d'éducation du grand public, et devrait inclure les communications audiovisuelles commerciales, mais exclure toute forme de correspondance privée, comme les messages électroniques envoyés à un nombre limité de destinataires.</p> <p>Considérant 39: Etant donné que la présente directive concerne les services proposés au grand public dans l'Union, elle ne devrait s'appliquer qu'aux services de médias audiovisuels qui peuvent être reçus directement ou indirectement par le public d'un ou plusieurs Etats membres au moyen d'équipements grand public standard. Il devrait incomber aux autorités nationales compétentes de définir les «équipements grand public standard».</p>
- [...]par des réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2, point a), de la Directive 2002/21/CE [...]	[Art. 2 lit. a) Directive 2002/21/CE : «réseau de communications électroniques» [désigne] les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise ;]	/

- [...]Un service de médias audiovisuels est soit une émission télévisée au sens du point e) du présent paragraphe [...]	Art. 1 Al. 1 lit. e): «radiodiffusion télévisuelle»: ou «émission télévisée» (c'est-à-dire un service de médias audiovisuels linéaire) [désigne] 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.	<p>Considérant 27: La radiodiffusion télévisuelle comprend actuellement, en particulier, la télévision analogique et numérique, la diffusion en flux, la télédiffusion sur le web et la quasi vidéo à la demande, alors que la vidéo à la demande, par exemple, relève des services de médias audiovisuels à la demande. 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. Cependant, lorsque différents types de services clairement distincts sont offerts en parallèle, la présente directive devrait s'appliquer à chacun d'eux.</p> <p>Considérant 30: Dans le contexte de la radiodiffusion télévisuelle, la notion de vision simultanée devrait aussi englober la vision quasi simultanée, en raison des variations du bref décalage entre la transmission et la réception de l'émission, pour des raisons techniques inhérentes au processus de transmission.</p>
- [...]soit un service de médias audiovisuels à la demande au sens du point g) du présent paragraphe.	Art. 1 Al. 1 lit. g): «service de médias audiovisuels à la demande» (c'est-à-dire un service de médias audiovisuels non linéaire): [désigne] un service de médias audiovisuels fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services de médias.	<p>Considérant 24, 1^e phrase: Les services de médias audiovisuels à la demande présentent la caractéristique d'être «de type télévisuel», ce qui signifie que, s'adressant au même public, ils sont en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle et que, vu le type et le mode d'accès au service, l'utilisateur pourrait normalement s'attendre à bénéficier d'une protection réglementaire dans le cadre de la présente directive.</p> <p>Considérant 58: 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. 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.</p>

La réglementation des services audiovisuels à la demande : chaos ou cohérence ?

A la fin de l'année 2011, la Commission européenne publiera son premier rapport sur la mise en œuvre de la Directive Services de médias audiovisuels. A cet effet, elle a adressé aux Etats membres des lettres de demande d'informations d'une ampleur et d'un niveau de détail inhabituels, qui témoignent des difficultés rencontrées au cours de la transposition de la directive dans les différents droits nationaux. Ces difficultés se sont manifestées en particulier dans le domaine de la réglementation des services de médias audiovisuels non linéaires.

C'est la raison pour laquelle l'Observatoire européen de l'audiovisuel et l'Institut du droit européen des médias ont convié, en avril 2011, 25 experts du droit des médias audiovisuels à participer à un atelier qui a permis de dresser un état des lieux de la réglementation des services audiovisuels à la demande. Il s'agissait au premier chef de répondre à deux questions : comment les nouvelles dispositions relatives au champ d'application de la directive ont-elles été transposées dans le droit des différents Etats membres, et comment ces derniers accueillent-ils la possibilité de favoriser l'autorégulation ou la corégulation pour les services audiovisuels à la demande ?

Ce numéro d'IRIS Spécial compile les interventions composant l'atelier et propose un compte rendu exhaustif des débats organisés à l'issue des différents exposés. Il offre ainsi une vue d'ensemble complète des modes de réglementation possibles des services audiovisuels à la demande. S'agissant de la question quelque peu provocante posée dans le titre de la publication, « Chaos ou cohérence ? », on constatera à la lecture de cet IRIS Spécial que le paysage réglementaire en Europe se caractérise par ces deux aspects à la fois, le chaos et la cohérence.

Sont notamment abordés les points suivants :

- Définitions des services audiovisuels à la demande dans les Etats membres de l'UE
- Délimitation des différents types de services de médias
- Limites de l'application de la Directive Services de médias audiovisuels
- Inclusion ou exclusion des intermédiaires dans le champ de la réglementation
- Signification de la « responsabilité éditoriale » et de la « finalité principale » des services audiovisuels
- Dimension technique des services à la demande consultés via des terminaux connectés
- Transposition de la Directive Services de médias audiovisuels dans deux Etats membres de l'UE, les Pays-Bas et l'Italie
- Expériences en matière d'autorégulation et de corégulation dans les domaines de la protection des mineurs et des communications commerciales au Royaume-Uni et en Allemagne
- Attentes des utilisateurs des médias vis-à-vis de la réglementation
- Evaluation par les acteurs du secteur de la directive ainsi que d'autres dispositions applicables aux services à la demande
- Position du législateur et des autorités de régulation
- Synthèse des opinions de 25 experts de toute l'Europe

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a publié d'autres titres sur les thèmes visés par la Directive Services de médias audiovisuels :

IRIS Spécial :

A vos marques, prêts ... partez ?
La directive Services de médias audiovisuels

ISBN 978-92-871-6664-7, 145 pages, édition 2009, 89 EUR

IRIS Spécial :

La responsabilité éditoriale

ISBN 978-92-871-6475-9, 52 pages, édition 2008, 75 EUR

IRIS plus :

Le placement de produit

ISBN 978-92-871-6858-0, 49 pages, édition 2010, 24,50 EUR

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a en outre édité deux publications qui présentent la réglementation correspondante russe pour les domaines relevant du champ d'application de la Directive SMAV :

IRIS Spécial : Le cadre réglementaire des services de médias audiovisuels en Russie

ISBN 978-92-871-6788-0, 68 pages, édition 2010, 70 EUR

IRIS plus : Une date historique pour les médias de masse en Russie

ISBN 978-92-871-7049-1, 60 pages, édition 2011, 24,50 EUR

Pour une veille permanente sur les questions réglementaires et l'ensemble des aspects juridiques aux niveaux européen et national, on pourra consulter la lettre mensuelle électronique de l'Observatoire :

IRIS, Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Elle est consultable gratuitement sur : <http://merlin.obs.coe.int/newsletter.php>

