



# Territorialité et financement des œuvres audiovisuelles : derniers développements

**IRIS *Plus***

Une publication  
de l'Observatoire européen de l'audiovisuel



**IRIS Plus 2019-3****Territorialité et financement des œuvres audiovisuelles : derniers développements**

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2019

ISSN 2078-9459

ISBN 978-92-871-9012-3

**Directrice de publication** – Susanne Nikoltchev, Directrice exécutive

**Supervision éditoriale** – Maja Cappello, Responsable du département Informations juridiques

**Équipe éditoriale** – Francisco Javier Cabrera Blázquez, Julio Talavera Milla, Sophie Valais, Analystes juridiques

**Assistant de recherche** – Ismail Rabie

Observatoire européen de l'audiovisuel

**Auteurs (par ordre alphabétique)**

Francisco Javier Cabrera Blázquez, Maja Cappello, Gilles Fontaine, Julio Talavera Milla, Sophie Valais

Observatoire européen de l'audiovisuel

**Traduction**

Marco Polo Sarl, Stefan Pooth

**Relecture**

Philippe Chesnel, Johanna Fell, Jackie McLelland

**Assistante éditoriale** – Sabine Bouajaja

**Marketing** – Nathalie Fundone, [nathalie.fundone@coe.int](mailto:nathalie.fundone@coe.int)

**Presse et relations publiques** – Alison Hindhaugh, [alison.hindhaugh@coe.int](mailto:alison.hindhaugh@coe.int)

Observatoire européen de l'audiovisuel

**Éditeur**

Observatoire européen de l'audiovisuel

76, allée de la Robertsau, 67000 Strasbourg, France

Tel. : +33 (0)3 90 21 60 00

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

[iris.obs@coe.int](mailto:iris.obs@coe.int)

[www.obs.coe.int](http://www.obs.coe.int)

**Maquette de couverture** – ALTRAN, France

Veuillez citer cette publication comme suit

Cabrera Blázquez F.J., Cappello M., Fontaine G., Talavera Milla J., Valais S., *Territorialité et financement des œuvres audiovisuelles : derniers développements*, *IRIS Plus*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, novembre 2019

© Observatoire européen de l'audiovisuel (Conseil de l'Europe), Strasbourg, 2019

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.

# Territorialité et financement des œuvres audiovisuelles : derniers développements

Francisco Javier Cabrera Blázquez, Maja Cappello, Gilles Fontaine, Julio Talavera Milla, Sophie Valais





# Avant-propos

Il y a quatre ans de cela, l'une de nos publications IRIS *Plus* s'intitulait « La territorialité et son impact sur le financement des œuvres audiovisuelles ». À cette époque, la question juridique de la territorialité dans le secteur audiovisuel était au cœur des discussions de l'Union européenne. Le principe du pays d'origine, consacré par la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV), était contesté aussi bien par les opérateurs paneuropéens à capitaux étrangers qui ciblaient leurs services vers les publics de l'Union européenne que les opérateurs établis dans un pays de l'Union et dont les services ciblaient également d'autres États membres. Qui plus est, certaines parties prenantes présentaient le principe de territorialité dans la législation du droit d'auteur comme une entrave à l'accès aux œuvres audiovisuelles que prévoyait la stratégie pour un marché unique numérique et demandaient la suppression de ce principe. Sur ce point, l'industrie audiovisuelle européenne faisait valoir de manière quasiment unanime que la suppression du principe de territorialité dans la législation relative au droit d'auteur aurait un effet dévastateur sur le mode de financement des films et autres œuvres audiovisuelles européens, qui bénéficierait essentiellement aux grandes plateformes et se traduirait par davantage de concentration au détriment de la diversité culturelle dans le secteur.

Beaucoup d'eau a coulé sous les ponts depuis la rédaction de notre publication de 2015 : la Directive SMAV a fait l'objet d'une révision et de nouveaux instruments réglementaires ayant des répercussions sur la législation de l'Union européenne relative au droit d'auteur, notamment le Règlement relatif à la portabilité et la Directive Satellite-Câble, ont été adoptés. Même si la version révisée de la Directive SMAV comporte une disposition applicable à la promotion des œuvres européennes par les services non linéaires qui prévoit une exception au principe du pays d'origine, les mesures relatives au droit d'auteur mentionnées plus haut ne semblent pas avoir eu d'incidence sur le principe de territorialité dans la législation de l'Union européenne sur le droit d'auteur. L'industrie audiovisuelle européenne redoute pourtant que la Commission européenne, faute de pouvoir entrer par la porte du droit d'auteur, ne tente de passer par la fenêtre du droit de la concurrence. Plus précisément, l'enquête menée par la Commission européenne sur les restrictions qui pourraient nuire à la fourniture des services de télévision à péage dans le cadre d'accords de licence d'œuvres cinématographiques (affaire *Télévision à péage*) et l'arrêt du Tribunal confirmant l'évaluation préliminaire de la Commission ont ravivé et accentué les craintes du secteur.

La présente publication approfondit et enrichit, en l'actualisant, l'IRIS plus que nous avons consacré en 2015 à la même thématique. Il traite parallèlement du droit d'auteur et de la réglementation des médias, afin d'examiner de plus près les conséquences des deux notions fondamentales que sont la « territorialité du droit d'auteur » et le « principe du pays d'origine » sur le financement des œuvres audiovisuelles dans le marché unique numérique. Après une présentation du contexte à l'aide d'informations générales sur le secteur audiovisuel européen (chapitre 1), ce numéro d'IRIS Plus examine le cadre juridique international et de l'Union européenne (chapitre 2), puis le cadre juridique national (chapitre 3), avant d'explorer les initiatives prises par les professionnels du secteur

(chapitre 4), la jurisprudence européenne et nationale (chapitre 5) et, enfin, dresse l'état des lieux (chapitre 6).

Strasbourg, novembre 2019

**Maja Cappello**

Coordinatrice IRIS

Responsable du Département Informations juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel

# Table des matières

---

Résumé.....	1
<b>1. Le contexte.....</b>	<b>3</b>
1.1. Hier et aujourd'hui.....	3
1.2. Quelques caractéristiques propres au financement des œuvres audiovisuelles.....	4
1.3. La question de l'exploitation territoriale.....	6
<b>2. Le cadre juridique international et de l'Union européenne.....</b>	<b>11</b>
2.1. La territorialité et le droit d'auteur.....	11
2.1.1. Le Marché unique et la libre prestation de services.....	11
2.1.2. Le principe de territorialité dans la législation relative au droit d'auteur.....	13
2.1.3. Les récentes évolutions législatives.....	18
2.1.4. La territorialité et la législation en matière de concurrence.....	21
2.2. La territorialité et les services de médias audiovisuels.....	24
2.2.1. Les dispositions en matière de territorialité applicables aux services audiovisuels à l'échelle de l'Union européenne.....	25
<b>3. Le contexte national.....</b>	<b>31</b>
3.1. La procédure d'acquisition des droits dans le secteur audiovisuel de l'Union européenne.....	31
3.1.1. Les spécificités du secteur audiovisuel de l'Union européenne.....	31
3.1.2. Les spécificités des œuvres audiovisuelles.....	32
3.1.3. L'acquisition des droits sur les œuvres audiovisuelles.....	33
3.1.4. Le rôle de la gestion collective dans le secteur audiovisuel.....	37
3.2. Le principe du pays d'origine en matière de financement des œuvres audiovisuelles.....	41
3.2.1. La « taxe cinématographique » allemande en faveur du Centre national de la cinématographie.....	42
3.2.2. La « taxe vidéo » applicable en France.....	43
3.2.3. La Communauté flamande de Belgique.....	45
<b>4. Le point de vue des professionnels du secteur.....</b>	<b>48</b>
<b>5. La jurisprudence.....</b>	<b>52</b>
5.1. L'examen des licences territoriales exclusives par les juridictions et les autorités de la concurrence de l'Union européenne.....	52
5.1.1. De Coditel à Sportradar : la territorialité réaffirmée.....	52

5.1.2. De l'affaire Murphy à l'affaire de la Télévision à péage : la territorialité revisitée.....	53
5.2. Le principe du pays d'origine en matière d'aide financière à la production cinématographique : d'un principe absolu à un principe relatif.....	58

---

**6. État des lieux..... 60**

6.1. Le principe du pays d'origine et la promotion des œuvres audiovisuelles .....	60
6.2. Le principe de territorialité et la fourniture transfrontière de contenu audiovisuels .....	61

## Illustrations

Illustration 1.	Répartition des entrées dans les salles de l'Union européenne des longs métrages européens en fonction des entrées nationales et non nationales.....	7
Illustration 2.	Financement des films.....	8

## Tableaux

Tableau 1.	Description des droits administrés par les sociétés de gestion collective du secteur audiovisuel en Europe (sur une base volontaire ou obligatoire).....	39
------------	--	----





## Résumé

Le principe de territorialité est considéré comme l'une des pierres angulaires de l'industrie audiovisuelle européenne. D'un point de vue économique, le modèle de financement du secteur audiovisuel et cinématographique repose sur l'exploitation territoriale. Le préfinancement des œuvres par la prévente des droits d'exploitation aux radiodiffuseurs et distributeurs sur une base territoriale est jugé crucial pour la production cinématographique et audiovisuelle par l'industrie audiovisuelle européenne. Le **chapitre 1** examine en détail l'importance de l'octroi de licences territoriales pour le financement des œuvres audiovisuelles.

La territorialité est également un élément fondamental du droit d'auteur. À l'échelon international, la coopération multilatérale en matière de protection du droit d'auteur a été mise en place pour la première fois par la Convention de Berne, qui accorde une protection aux États parties à la Convention et repose sur l'application territoriale des lois nationales. À l'échelle de l'Union européenne, le droit d'auteur reste une compétence nationale, dans le cadre du droit international et européen en vigueur et, pour ce qui est de la réglementation des médias, la Directive Services de médias audiovisuels se fonde sur le principe du pays d'origine, qui s'applique aux contenus diffusés sous la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias audiovisuels.

Compte tenu des profondes évolutions technologiques et des nouvelles réalités du marché, la Commission européenne avait lancé en 2015 sa Stratégie pour un Marché unique numérique dont l'objectif était de supprimer les obstacles numériques et d'améliorer l'accès transfrontière aux contenus et services. Le **chapitre 2** présente une vue d'ensemble du cadre juridique de l'Union européenne relatif aux principes de territorialité et du pays d'origine et les conséquences de ces principes sur les diverses législations applicables au droit d'auteur et aux médias audiovisuels, parmi lesquelles figurent le Règlement relatif à la portabilité de 2017 et la Directive relative au droit d'auteur et aux droits voisins adoptée en 2019, qui s'appliquent à certaines transmissions en ligne. Il examine par ailleurs les dispositions de la Directive SMAV relatives au principe du pays d'origine applicables aux services de médias audiovisuels à l'échelle de l'Union européenne, telle que modifiée en 2018.

Le **chapitre 3** est divisé en deux parties. La première partie examine les notions de titularité et de propriété des droits, ainsi que les processus de gestion et de transfert de ces derniers, aux fins de l'octroi de licences. Elle explore également les différents aspects des procédures d'octroi de licences et le rôle de la gestion collective dans le secteur audiovisuel. La deuxième partie décrit la manière dont le principe du pays d'origine fonctionne en pratique dans le financement des œuvres audiovisuelles, à travers trois exemples concrets en Belgique, en France et en Allemagne. Dans le cadre de la révision de l'article 13 de la Directive SMAV, les États membres ont eu toutefois la faculté de déroger



au principe du pays d'origine et d'imposer aux fournisseurs de services de VOD une contribution financière visant à soutenir la production d'œuvres européennes, à condition que cette même disposition s'applique également aux acteurs nationaux.

Le principe de territorialité a été au cœur des diverses discussions qui se sont tenues entre les organes de gouvernance européens et les parties prenantes en vue de déterminer les futures orientations politiques dans le cadre du marché unique numérique. Le **chapitre 4** présente le point de vue général des professionnels du secteur sur les évolutions juridiques et les discussions évoquées au sujet de la territorialité et du principe du pays d'origine, tel qu'exprimé dans plusieurs déclarations et réponses aux consultations publiques de la Commission européenne.

Le **chapitre 5** comporte une sélection de décisions rendues par la Cour de justice de l'Union européenne, qui illustrent l'évolution de l'opinion de la Cour sur la question de la territorialité avant et après l'harmonisation de la législation de l'Union européenne relative au droit d'auteur. Il met également en perspective les conséquences des décisions de la Commission européenne relatives à l'exclusivité absolue des licences territoriales dans l'affaire *Télévision à péage*, ainsi que la compatibilité de l'extension extraterritoriale de la taxe cinématographique allemande applicable aux services de VOD situés en dehors de territoire allemand.

Enfin, le **chapitre 6** dresse l'état de lieux de la situation et analyse les répercussions sur le secteur que pourraient avoir les évolutions juridiques examinées dans les précédents chapitres.



# 1. Le contexte

## 1.1. Hier et aujourd'hui

Il y a moins de quatre ans, en 2015, l'Observatoire européen de l'audiovisuel publiait un IRIS Plus consacré à la territorialité<sup>1</sup>. Seules quelques-unes des évolutions législatives envisagées à l'époque se sont concrétisées depuis (pour davantage de précisions sur ce point, voir le chapitre 2).

Au début de l'année 2014, la question de la territorialité était déjà au cœur des discussions engagées dans le cadre de la consultation publique organisée par la Commission européenne sur la révision des dispositions de l'Union européenne en matière de droit d'auteur dans le marché intérieur, qui couvrait un éventail de sujets, parmi lesquels la question de l'harmonisation, les limitations et exceptions au droit d'auteur à l'ère du numérique, la fragmentation du marché du droit d'auteur de l'Union européenne et la manière de renforcer l'efficacité et l'efficience de l'application de la législation, tout en fondant sa légitimité<sup>2</sup>. La Commission souhaitait savoir si les parties prenantes avaient rencontré des difficultés pour fournir des services en ligne transfrontières et leur avait demandé de lui faire part de leur opinion sur l'octroi de licences multiterritoriales et les restrictions territoriales. La Commission a reçu plus de 9 500 réponses<sup>3</sup> à la consultation, dans un contexte où le président de la Commission européenne, M. Jean-Claude Juncker, avait notamment annoncé son intention de « briser les barrières nationales » de la législation relative au droit d'auteur, entre autres domaines. Il désignait, en particulier, le marché unique numérique comme l'une des dix principales priorités de la Commission<sup>4</sup>, en annonçant son intention de réaliser la portabilité des contenus et l'accès transfrontière à des services en ligne acquis de manière licite, ainsi que de supprimer les obstacles au commerce électronique en Europe.

En septembre 2016, la Commission européenne a annoncé des projets visant à élargir le champ d'application du principe du pays d'origine. Au terme de négociations politiques très animées, une directive<sup>5</sup> a vu le jour en 2019, ne traitant qu'une partie des

---

<sup>1</sup> F. Cabrera Blázquez, M. Cappello, C. Grece et S. Valais, *La territorialité et son impact sur le financement des œuvres audiovisuelles*, IRIS Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2015 ; <https://rm.coe.int/1680783481>.

<sup>2</sup> Commission européenne, Consultation publique de la Commission européenne sur la révision des règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur, Direction Générale Marché intérieur et services.

<sup>3</sup> Commission européenne, « *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, Directorate General Internal Market and Services* », juillet 2014.

<sup>4</sup> « Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne – Un nouvel élan pour l'Europe : Mon programme pour l'emploi, la croissance, l'équité et le changement démocratique », 15 juillet 2014, [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines-speech_fr.pdf).

<sup>5</sup> Directive (UE) 2019/789 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions de programmes de télévision et de radio, et modifiant la Directive 93/83/CEE du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE),



questions qu'elle avait initialement prévu d'aborder (voir 2.1.3.2). Le débat sur la portabilité a été moins animé et le Règlement relatif à la portabilité<sup>6</sup> est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2018. Ce texte vise à garantir aux citoyens de l'Union européenne l'accès aux contenus qu'ils ont acquis ou auxquels ils ont souscrit chez eux, lorsqu'ils voyagent ou séjournent temporairement dans un autre pays européen (voir 2.1.3.1).

Le débat sur la territorialité est revenu sur le devant de la scène à l'occasion des travaux préparatoires de la révision de la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV)<sup>7</sup>, précédés d'une consultation publique lancée<sup>8</sup> par la Commission en juillet 2015 et d'une évaluation REFIT<sup>9</sup> en octobre de cette même année. Finalement, le texte consolidé de la version révisée de la Directive SMAV a été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 28 novembre 2018 (voir 2.2.1.1.2). Conformément aux nouvelles dispositions en matière de territorialité, seules l'Allemagne, la France et la Communauté flamande de Belgique ont jusqu'à présent appliqué de nouvelles taxes pour les services de VOD établis hors de leur territoire mais ciblant leur public national (voir 3.3.1).

## 1.2. Quelques caractéristiques propres au financement des œuvres audiovisuelles

Les œuvres audiovisuelles présentent deux caractéristiques spécifiques :

- La plupart de leurs coûts de production et d'exploitation sont des coûts fixes : les investissements sont, à quelques exceptions près, réalisés en amont ; certains acteurs ou membres de l'équipe de tournage peuvent, par exemple, accepter qu'une partie de leur rémunération soit indexée aux recettes générées par l'œuvre en question ; les dépenses relatives à la commercialisation de l'œuvre peuvent être adaptées en fonction de la réception initiale de l'œuvre<sup>10</sup>.

---

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0789&from=FR>.

<sup>6</sup> Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE),

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:02017R1128-20170630&from=EN>.

<sup>7</sup> Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la Directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (Directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018L1808&from=FR>.

<sup>8</sup> Consultation publique sur la Directive 2010/13/UE Services de médias audiovisuels (Directive SMAV) – Un cadre pour les médias au 21<sup>ème</sup> siècle,

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-directive-201013eu-audiovisual-media-services-avmsd-media-framework-21st>.

<sup>9</sup> Évaluation REFIT et analyse d'impact de la Directive européenne Services de médias audiovisuels 2010/13/UE (Directive SMAV), disponible en anglais sur :

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/avmsd-review-process>.

<sup>10</sup> Le coût d'impression des copies d'une œuvre cinématographique pour son exploitation dans les salles de cinéma est également une autre exception. Ces coûts ont toutefois considérablement diminué grâce à la numérisation des salles de cinéma.



- Leur exploitation s'organise au moyen de deux systèmes d'exclusivité distincts :
  - L'exclusivité par type d'exploitation : une œuvre cinématographique ne devra pas être disponible simultanément sur la télévision à péage et sur la télévision gratuite<sup>11</sup>.
  - L'exclusivité par opérateur : au sein du réseau de la télévision à péage, un seul opérateur de télévision à péage (sur un territoire donné) exploitera l'œuvre cinématographique en question<sup>12</sup>.

Les œuvres audiovisuelles européennes présentent une troisième caractéristique distinctive : dans la plupart des cas, elles sont exploitées dans un nombre limité de territoires pour une série de raisons : le goût du public pour les histoires locales ; la prédominance des acteurs nationaux dans chaque pays ; et le rôle des régimes de financement public dans le soutien à la production essentiellement nationale.

La combinaison de ces caractéristiques, à savoir l'investissement initial associé au nombre relativement faible de distributeurs en raison de l'exclusivité et de la prédominance de l'exploitation nationale, fait de l'exploitation d'œuvres audiovisuelles européennes une activité qui présente un certain nombre de risques.

Ces risques sont toutefois partiellement atténués, puisqu'ils sont répartis entre les différents professionnels ayant participé au préfinancement de l'œuvre. Un producteur procède à une prévente de l'œuvre audiovisuelle à certains de ses futurs distributeurs et utilise ce moyen pour amortir son investissement initial. Seule une partie des futures recettes d'une œuvre audiovisuelle peut être anticipée sous la forme d'un préfinancement. L'Observatoire européen de l'audiovisuel a analysé les plans de financement détaillés de 445 films de fiction européens en prise de vue réelle, sortis dans les salles de cinéma en 2016, provenant de 21 pays européens, ce qui selon les estimations représenterait 41 % du nombre total de films de fiction européens exploités en 2016 dans les salles de cinéma<sup>13</sup>. L'étude montre que 70 % des films européens produits en 2016 ont été en partie financés par la prévente des droits de distribution nationaux dans les pays producteurs ou coproducteurs et/ou contributeurs financiers, ainsi que par les préventes multiterritoriales.

Les acteurs en aval du système d'exploitation des œuvres audiovisuelles acceptent leur part de risque, c'est-à-dire de participer au préfinancement de l'œuvre, si a) ils valorisent l'exclusivité qui leur sera accordée et si b) l'œuvre audiovisuelle concernée est suffisamment récente pour générer d'importantes recettes sur le marché final<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Il existe une exception à cette règle : un film peut parfois être disponible simultanément en vidéo à la demande et sur la télévision à péage.

<sup>12</sup> Il existe une exception à ce principe : un film peut parfois être mis à disposition sur l'ensemble des services de vidéo à la demande d'un même pays.

<sup>13</sup> Martin Kanzler, *Fiction film financing in Europe : A sample analysis of films released in 2016*, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2018, disponible en anglais sur : <https://rm.coe.int/fiction-film-financing-in-europe-2018/1680902fd9>.

<sup>14</sup> Certains distributeurs peuvent toutefois, dans certains cas, accepter de participer au préfinancement de droits qui ne sont pas essentiels à l'exploitation initiale d'une œuvre audiovisuelle (par exemple, une deuxième diffusion sur les chaînes de télévision ou des droits d'exploitation à l'étranger, notamment).



La manière dont ces risques sont atténués entre les différents acteurs de la chaîne de valeur des œuvres audiovisuelles varie selon les pays et les catégories d'œuvres. En règle générale, pour ce qui est des œuvres cinématographiques européennes, un producteur se conforme au système de « financement par déficit » : une partie de l'investissement initial est amortie par des préventes aux distributeurs et aux radiodiffuseurs par des financements publics<sup>15</sup>, et, dans une très faible mesure, par des fonds propres. Le montant du préfinancement ne couvre toutefois pas l'intégralité du coût de la réalisation d'une œuvre. Le producteur prend à sa charge le reste des dépenses et conserve l'ensemble des droits d'exploitation qui n'ont pas été cédés, de manière à récupérer son investissement grâce aux futures recettes qu'il percevra pour l'exploitation de l'œuvre.

La situation est plus contrastée en matière de contenus télévisuels. En effet, pour les programmes sans véritable valeur dans le temps<sup>16</sup>, le coût total doit être rentabilisé à l'occasion de la première et seule exploitation du contenu en question. Les autres contenus télévisuels, comme les séries télévisées, les contenus d'animation et les documentaires, notamment, disposent de deux modèles :

- Le financement par déficit, comme pour les œuvres cinématographiques. Le producteur finance une partie de l'œuvre et espère récupérer son investissement grâce aux futures recettes qu'il percevra pour son exploitation.
- Le coût majoré (« *cost plus* ») : le coût du programme, qui englobe également une marge supplémentaire convenue, est intégralement financé par un fournisseur de service audiovisuel. Il appartient ensuite au fournisseur de service audiovisuel en question d'exploiter le programme, soit pour son propre service, soit en le commercialisant auprès d'autres services.

En règle générale, les séries télévisées de grande qualité, les contenus d'animation et les documentaires tendent à privilégier le « financement par déficit », comme le font les œuvres cinématographiques ; les feuilletons télévisés ou *telenovelas* diffusés pendant de nombreuses années, qui se concentrent tout particulièrement sur les goûts et les attentes d'un public national, disposent par conséquent d'un potentiel d'exportation relativement faible et ont donc davantage de chances d'être financés selon la méthode du « coût majoré ».

### 1.3. La question de l'exploitation territoriale

Le marché européen conserve une structure essentiellement nationale. Les principaux distributeurs européens d'œuvres cinématographiques opèrent principalement sur un seul

---

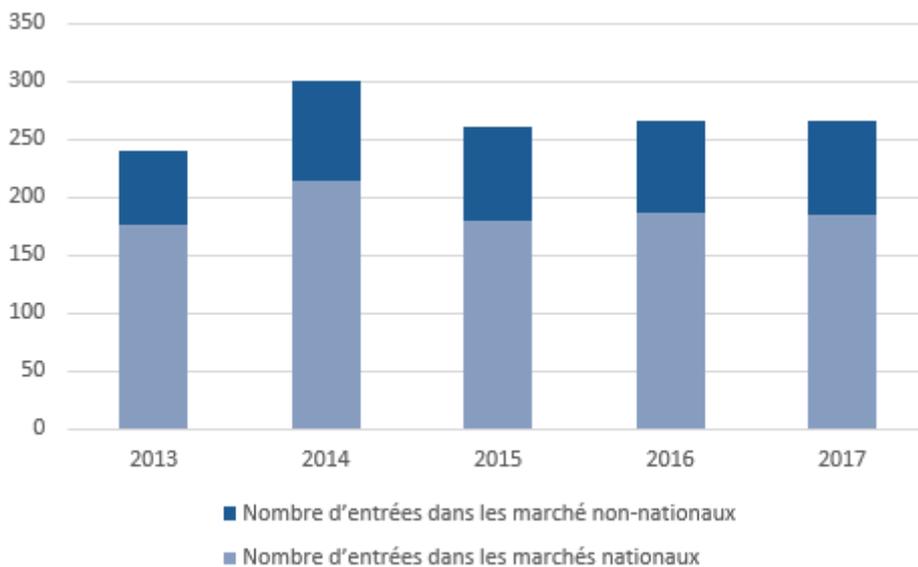
<sup>15</sup> Et aussi par des aides publiques, qui représentent de loin la première source de financement des films européens : 29 % du volume de financement cumulé et 41 % hors films français ; Source: *Fiction film financing in Europe: A sample analysis of films released in 2016*, Martin Kanzler, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2018, disponible en anglais sur : <https://rm.coe.int/fiction-film-financing-in-europe-2018/1680902fd9>.

<sup>16</sup> Par exemple, des jeux télévisés et des émissions de débats.



territoire ; seuls quelques groupes de télévision ont une présence significative en dehors de leur pays d'origine<sup>17</sup>. La répartition des entrées dans les salles pour les films européens entre les entrées nationales (70% en 2017) et les entrées non nationales (30%)<sup>18</sup> laisse également penser que, lorsqu'il s'agit d'œuvres européennes, le public a tendance à favoriser les contenus nationaux plutôt que les contenus européens non nationaux. Mais il pourrait s'agir là de l'éternelle question de l'antériorité de la poule ou de l'œuf : comme les distributeurs d'œuvres cinématographiques ou les fournisseurs de services audiovisuels considèrent que le public n'est guère friand d'œuvres européennes non nationales, il est possible qu'ils s'abstiennent de les mettre à disposition, ce qui limite du même coup les chances de succès de ces contenus<sup>19</sup>.

**Illustration 1. Répartition des entrées dans les salles de l'Union européenne des longs métrages européens en fonction des entrées nationales et non nationales**



Source : Observatoire européen de l'audiovisuel

Comme ils ne sont présents que dans un pays, ou un nombre restreint de pays, les distributeurs ou les fournisseurs de services audiovisuels peuvent donc préférer se limiter à l'obtention des droits pour un ou plusieurs territoires plutôt qu'au niveau européen. La priorité accordée aux œuvres nationales transparaît dans l'analyse de la structure de financement des films européens. Selon l'étude précitée, réalisée par l'Observatoire

<sup>17</sup> Seul le groupe RTL dispose d'une couverture européenne particulièrement étendue. C'est également le cas de Mediaset, Nordic Entertainment et CEME, mais leur poids est plus modeste.

<sup>18</sup> Source: Base de données LUMIERE, Observatoire européen de l'audiovisuel.

<sup>19</sup> On peut observer, par exemple, le succès grandissant dans toute l'Europe des séries télévisées scandinaves, qui étaient auparavant très peu diffusées en dehors des pays scandinaves. Certaines émissions télévisées originales de Netflix semblent également démontrer que le nombre de téléspectateurs potentiels d'œuvres européennes non nationales a peut-être été sous-estimé dans le passé ou, du moins, qu'il se développe désormais rapidement.

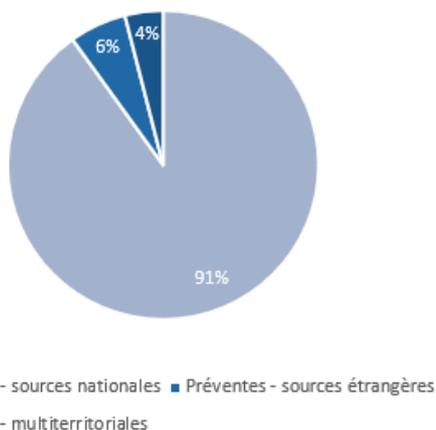


européen de l'audiovisuel, les recettes futures escomptées au moyen d'un préfinancement par les radiodiffuseurs ou les distributeurs représentent en moyenne 41 % des coûts d'un film européen: les radiodiffuseurs nationaux représentent 99 % du volume total des investissements des radiodiffuseurs; et les préventes nationales représentent 91 % du volume de financement des autres préventes, à l'exclusion de la télévision.

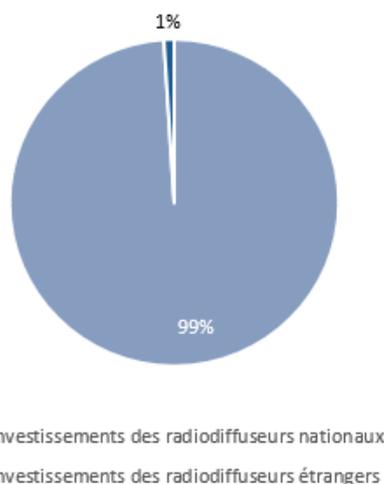
Bien que ces chiffres soient des moyennes<sup>20</sup>, ils suggèrent que la plupart des préventes concernent le marché national, et que les droits pour les territoires étrangers sont conservés par le producteur pour lui permettre de rentabiliser son investissement dans le film.

## Illustration 2. Financement des films

**Financement des films : Répartition des préventes cumulées par origine nationale (2016)**



**Financement des films : Répartition des investissements cumulés des radiodiffuseurs par origine nationale (2016)**



(sur un échantillon de 445 films).

Source : Élaboration par l'Observatoire européen de l'audiovisuel sur la base des chiffres de l'EFARN

La justification du financement de la plupart des œuvres audiovisuelles semble donc être la suivante : la partie en aval de la chaîne de valeur peut s'engager dans le préfinancement d'œuvres audiovisuelles jusqu'à un plafond fixé en fonction de la valeur du film sur le marché national. En moyenne, ce plafond de préfinancement laisse au producteur une part d'investissement d'environ 15 % du budget total du film, qu'il doit amortir par le biais de ventes à l'étranger.

<sup>20</sup> La limite de la moyenne comme indicateur est qu'elle ne reflète pas l'hétérogénéité de l'échantillon. Par exemple, seul un nombre très limité de films pourrait représenter la grande majorité des préventes à l'étranger.



Certaines séries télévisées sont toutefois parvenues à être distribuées à l'échelle de l'Europe, mais elles ne remettent pas pour autant en cause le principe de territorialité en matière de préfinancement :

- D'une part, certaines séries télévisées sont commandées par un radiodiffuseur selon le modèle du « coût majoré » (*Cost plus*). Dans ce cas, le radiodiffuseur est en effet susceptible de disposer de l'intégralité des droits européens, mais la série télévisée continuera à être commercialisée par pays pour chaque radiodiffuseur.
- D'autre part, d'autres séries télévisées haut de gamme, plus coûteuses, sont coproduites par plusieurs radiodiffuseurs de divers pays européens. La série télévisée bénéficie d'un meilleur financement, mais comme les coûts augmentent, le producteur est systématiquement tenu d'investir et doit par conséquent rentabiliser cet investissement par le biais de ventes à l'étranger, généralement en dehors des pays coproducteurs.

Dans l'ensemble, l'octroi de droits européens aux pré-financeurs ne semble pas s'être traduit par une augmentation des sommes qu'ils sont prêts à engager pour le préfinancement des œuvres. En effet, cette situation, d'une part, se heurterait probablement à la dynamique des coproductions et, d'autre part, serait préjudiciable pour les futures ventes dans des pays qui n'ont pas contribué au préfinancement de l'œuvre.

De nouveaux acteurs sont toutefois présents sur le marché en forte croissance de la vidéo à la demande au niveau paneuropéen et pourraient être intéressés d'acquérir les droits pour l'ensemble des pays dans lesquels ils opèrent. Si le caractère essentiellement national des radiodiffuseurs est la principale raison d'être de la territorialité, on pourrait alors invoquer deux raisons pour lesquelles le concept de territorialité pourrait ne pas être apprécié par ces plateformes de vidéo à la demande :

- Tout d'abord les plateformes non nationales pourraient préférer, au moins dans une certaine mesure, être libérés de la nécessité de proposer des catalogues différents pour chaque pays. Mais même s'il en était ainsi, il n'est pas certain que cette nécessité d'une approche pays par pays soit due au fait que les droits ne sont pas toujours disponibles pour chaque territoire. Cela pourrait tout aussi bien être la conséquence de la nécessité d'adapter chaque catalogue au goût du public local.
- D'autre part, en termes d'investissement dans la programmation, ces plateformes semblent se concentrer sur les productions originales. À première vue, elles devraient donc pouvoir détenir et par conséquent favoriser des licences à l'échelle européenne, surtout dans la mesure où elles suivent le modèle du « coût majoré » (par exemple, le financement intégral d'une œuvre). Pourtant, en y regardant de plus près, on peut constater que les nouvelles plateformes ne représentent encore qu'une petite minorité du volume d'œuvres originales produites chaque année. Plus important encore, elles concluent également des accords fondés sur la territorialité, par exemple en coproduisant avec des radiodiffuseurs nationaux et en ne conservant les droits que pour certains territoires.



Il semble donc que la territorialité soit un concept qui peut également présenter des avantages pour le modèle commercial des fournisseurs de services de vidéo à la demande non nationaux.



## 2. Le cadre juridique international et de l'Union européenne

### 2.1. La territorialité et le droit d'auteur

Le principe de la territorialité en matière de droit d'auteur permet avant tout à chaque pays de réglementer la question du droit d'auteur comme il l'entend, dans les limites toutefois des traités internationaux et des directives européennes pertinentes qu'il est tenu de respecter. Par conséquent, les dispositions applicables à ce droit sont susceptibles de varier d'un État à un autre et, aux fins de la présente publication, il convient notamment d'observer que les titulaires de droits d'auteur peuvent, en vertu de ce principe, concéder des licences territoriales à différents preneurs dans différents pays, mais il ne s'agit en aucun cas d'une obligation.

Ce principe pourrait constituer une entrave à la libre prestation de services énoncée par les traités de l'Union européenne et ses détracteurs affirment qu'il se traduirait par une augmentation des coûts de transaction et d'exécution aussi bien pour les auteurs, que pour les titulaires de droit et les utilisateurs, puisque la fragmentation territoriale impose aux opérateurs qui souhaitent proposer des services associés à des contenus dans l'ensemble de l'Union européenne d'obtenir plusieurs licences. Ils estiment par ailleurs que les différences entre les législations nationales, notamment en matière de limitations et d'exceptions, peuvent entraîner des frais juridiques supplémentaires et une certaine incertitude<sup>21</sup>. Enfin, la protection par le droit d'auteur peut poser des problèmes de concurrence dans certaines situations concrètes. Plusieurs professionnels du secteur de l'audiovisuel estiment toutefois que la possibilité d'octroyer des licences territoriales est essentielle pour assurer le financement des œuvres audiovisuelles européennes.

#### 2.1.1. Le Marché unique et la libre prestation de services

Le Marché unique européen repose sur les « quatre libertés » énoncées dans les traités de l'Union européenne, à savoir la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux. Parmi ces libertés, la libre prestation de services, combinée au droit d'établissement, est la plus pertinente pour le secteur audiovisuel.

---

<sup>21</sup> Voir, par exemple, l'étude réalisée pour la commission CULT – « *Film Financing and the Digital Single Market: its Future, the Role of Territoriality and New Models of Financing* » (Financement des films et le marché unique numérique : avenir, rôle de la territorialité et nouveaux modèles de financement), janvier 2019, disponible en anglais sur : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/629186/IPOL\\_STU\(2019\)629186\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/629186/IPOL_STU(2019)629186_EN.pdf).



L'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)<sup>22</sup> prévoit une interdiction générale concernant les restrictions à la libre prestation des services au sein de l'Union à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation. L'article 49 du TFUE comporte quant à lui une interdiction générale en matière de restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre. Il est également interdit de restreindre la création d'agences, de succursales ou de filiales par des ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un autre État membre.

La Directive relative aux services<sup>23</sup> constitue le principal instrument juridique de l'Union européenne pour la mise en œuvre de la libre prestation de services et du droit d'établissement. Elle vise en effet à permettre la pleine exploitation du potentiel des marchés de services en Europe en supprimant les obstacles juridiques et administratifs au commerce. Cependant, elle ne s'applique pas aux « services audiovisuels, y compris les services cinématographiques, quel que soit leur mode de production, leur distribution, leur diffusion et leur radiodiffusion » (article 2(2)(g) de la Directive relative aux services).

S'agissant du droit d'auteur en général, les dispositions relatives à la libre prestation de services énoncées à l'article 16 de la Directive relative aux services<sup>24</sup> ne s'appliquent notamment pas au droit d'auteur et aux droits voisins (article 17(11) de cette même directive), ce qui confirme ainsi le principe de territorialité en matière de droit d'auteur. Les États membres conservent en outre la possibilité d'imposer un certain nombre d'exigences pour la prestation d'une activité de service, sous réserve que ces exigences se justifient par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement (article 16(3) de la Directive relative aux services). Le considérant 40 de la Directive relative aux services énonce, parmi une longue liste de « raisons impérieuses d'intérêt général», la protection de la propriété intellectuelle, les objectifs de politique culturelle, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la promotion de la langue nationale, ainsi que la préservation du patrimoine historique et artistique national.

La Directive relative aux services protège également les droits des destinataires des services. En vertu de son article 20, par exemple, elle interdit toute exigence à caractère discriminatoire fondée sur la nationalité ou le lieu de résidence du destinataire du service. Les États membres doivent par ailleurs veiller à ce que les conditions générales d'accès à un service, qui sont mises à la disposition du grand public par le prestataire, ne comportent aucune mesure discriminatoire fondée sur la nationalité ou le lieu de résidence du destinataire. Des conditions d'accès différentes peuvent cependant être autorisées, sous réserve qu'elles soient directement justifiées au moyen de critères objectifs. La Commission

---

<sup>22</sup> Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR>.

<sup>23</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006L0123&from=EN>.

<sup>24</sup> L'article 16 de la Directive relative aux services énonce les principes auxquels les États membres doivent se conformer lorsqu'ils accordent l'accès à une activité de service ou autorisent son exercice sur leur territoire (non-discrimination, nécessité et proportionnalité). Il énumère en outre une liste des exigences qui ne peuvent pas être imposées aux opérateurs de services établis dans un autre État membre.



européenne estime par exemple que l'absence d'une autorisation officielle des titulaires de droits pour le territoire en question constituerait une raison objective de justifier le refus d'un service aux consommateurs sur le territoire concerné<sup>25</sup>. Les autres motifs de refus, en particulier s'ils ne concernent pas le droit d'auteur, doivent être justifiées au cas par cas. Cependant, comme nous l'avons indiqué précédemment, la Directive relative aux services ne s'applique pas, dans sa version actuelle, aux services audiovisuels et cinématographiques<sup>26</sup>.

## 2.1.2. Le principe de territorialité dans la législation relative au droit d'auteur

### 2.1.2.1. La territorialité du droit d'auteur et les traités internationaux

Le principe de territorialité en matière de droit d'auteur existe depuis fort longtemps. Jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, la protection du droit d'auteur était une compétence strictement nationale et une œuvre protégée dans un pays donné ne l'était pas nécessairement ailleurs. En conséquence, certains ouvrages écrits par des auteurs britanniques, par exemple, faisaient l'objet de réimpressions non autorisées et non rémunérées dans d'autres pays européens et plus encore aux États-Unis<sup>27</sup>. Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, diverses tentatives de remédier à ce problème furent entreprises sur un plan bilatéral<sup>28</sup>, mais ce n'est qu'à compter de l'adoption de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques<sup>29</sup> qu'une véritable solution multilatérale s'est mise en place à l'échelon international.

La Convention de Berne repose sur le principe du « traitement national », qui étend l'application territoriale du cadre réglementaire d'un État aux ressortissants des autres parties à la Convention. Ainsi, en vertu de son article 5(2), la jouissance et l'exercice des droits protégés en vertu de la Convention « sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à

---

<sup>25</sup> Document de travail des services de la Commission visant à définir les éléments d'orientation relatifs à l'application de l'article 20(2) de la Directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur (ci-après la « Directive relative aux services »), disponible en anglais sur :

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012SC0146&from=EN>.

<sup>26</sup> Voir le paragraphe 6.1.1.2 de cette publication pour une description des mesures annoncées par la Commission européenne qui pourraient inclure une modification de la Directive relative aux services.

<sup>27</sup> Pour des précisions sur le combat de Charles Dickens contre la publication non autorisée de ses livres aux États-Unis, voir, par exemple, P.V. Allingham, « *Dickens's 1842 Reading Tour: Launching the Copyright Question in Tempestuous Seas* », disponible en anglais sur :

[www.victorianweb.org/authors/dickens/pva/pva75.html](http://www.victorianweb.org/authors/dickens/pva/pva75.html).

<sup>28</sup> Voir P. Drahos, « *The universality of intellectual property rights: origins and development* »,

[www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_unhchr\\_ip\\_pnl\\_98/wipo\\_unhchr\\_ip\\_pnl\\_98\\_1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_unhchr_ip_pnl_98/wipo_unhchr_ip_pnl_98_1.pdf).

<sup>29</sup> Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 (avec ses amendements),

[https://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file\\_id=283698](https://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=283698).



l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée ». La Convention confère aux auteurs un ensemble de droits fondamentaux que les États sont tenus de reconnaître, ce qui étend ainsi la protection du droit d'auteur au-delà des frontières de leur propre pays<sup>30</sup>. Cette protection est néanmoins accordée par chaque Etat membre partie à la Convention de manière individuelle et pour son seul territoire.

Au début de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, compte tenu de l'émergence de nouveaux acteurs sur la scène mondiale, notamment la Chine, les questions de propriété intellectuelle ont fait leur apparition dans le cadre de négociations commerciales, tout d'abord bilatérales, avec la conclusion d'un certain nombre d'accords de libre-échange entre les États-Unis et des pays d'Asie de l'Est et d'Europe de l'Est, dans lesquels les parties s'engageaient à garantir un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle en échange de différents avantages commerciaux<sup>31</sup>. Ensuite, la question d'une protection internationale efficace en matière de propriété intellectuelle s'est posée à l'occasion des négociations du GATT<sup>32</sup> au moment du cycle d'Uruguay, en réaction à l'augmentation massive du nombre de produits piratés ou contrefaits qui faussaient les échanges commerciaux internationaux. Dès que l'accord instituant l'OMC fut signé à Marrakech en 1994, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) est devenu partie intégrante du traité<sup>33</sup>.

S'agissant des droits de propriété intellectuelle, l'Accord sur les ADPIC a porté l'obligation de protection internationale à un niveau bien plus élevé que celui préconisé par la Convention de Berne et a imposé de nouvelles exigences. Le principe du traitement national a ainsi été confirmé par l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC et complété par celui du traitement de la nation la plus favorisée, en vertu duquel tout avantage accordé par un État membre à un partenaire commercial doit également être étendu aux autres parties à l'Accord. La partie III de l'Accord sur les ADPIC énumère en détail les obligations qui incombent aux États membres de l'OMC en vue d'adopter des dispositions d'application efficaces en matière de procédures civiles et administratives, de mesures provisoires, de mesures à la frontière et de procédures pénales.

D'autres traités adoptés dans le cadre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), comme le Traité sur le droit d'auteur<sup>34</sup> et le Traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes<sup>35</sup>, ainsi que certains accords conclus à l'échelon international qui ont permis d'adapter le droit d'auteur et les droits voisins aux exigences de la numérisation et d'internet, ont été élaborés sur la base du principe de

---

<sup>30</sup> J-P. Triaille (sous la direction de), « *Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society* », page 46, disponible en anglais sur :

<https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/9ebb5084-ea89-4b3e-bda2-33816f11425b>.

<sup>31</sup> A. Kur et T. Dreier, *European intellectual property law, Text, cases & materials*, (Edward Elgar, USA 2013).

<sup>32</sup> Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, voir le paragraphe 2.2.1.1. de la présente publication.

<sup>33</sup> L'Accord sur les ADPIC constitue l'annexe 1 C de l'accord instituant l'OMC.

<sup>34</sup> Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (adopté à Genève le 20 décembre 1996),

[https://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file\\_id=295166](https://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=295166).

<sup>35</sup> Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (adopté à Genève le 20 décembre 1996),

[https://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file\\_id=295578](https://www.wipo.int/treaties/fr/text.jsp?file_id=295578).



territorialité. La Cour de justice de l'Union européenne a confirmé ce principe dans plusieurs de ses arrêts<sup>36</sup>.

### 2.1.2.2. La territorialité du droit d'auteur au sein de l'Union européenne

Bien que la législation relative au droit d'auteur relève en principe de la compétence des États membres, l'Union européenne s'est efforcée depuis la fin des années 1980 à harmoniser certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins en adoptant des directives sur plusieurs facettes du droit d'auteur<sup>37</sup>. En matière d'exploitation des œuvres audiovisuelles, la Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information<sup>38</sup> (Directive « InfoSoc ») s'avère être la plus pertinente. Elle vise en effet à adapter la législation relative au droit d'auteur et aux droits voisins afin de tenir compte des évolutions technologiques et à transposer dans le droit de l'Union européenne les principales obligations internationales découlant du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Elle harmonise ainsi les droits de reproduction, de distribution et de communication au public, ainsi que la protection juridique des dispositifs de lutte contre la copie et des systèmes de gestion des droits. Tout aussi importante, la Directive relative à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble<sup>39</sup> (Directive « Satellite-Câble ») vise quant à elle à faciliter la transmission transfrontière de programmes audiovisuels, notamment par câble et par satellite.

Le droit de l'Union européenne ne limite le principe de territorialité en matière de droit d'auteur qu'à deux égards. Tout d'abord, la Directive Satellite-Câble instaure le principe du « pays d'origine » pour les communications au public par satellite, mais il est cependant possible – et c'est chose courante – d'outrepasser ce principe au moyen de licences contractuelles et de techniques de cryptage des signaux<sup>40</sup>. Par ailleurs, la Directive InfoSoc met en place un principe « d'épuisement » du droit de distribution<sup>41</sup>, qui ne s'applique qu'à la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel, de sorte qu'il ne concerne pas, par exemple, le droit de communication au public des œuvres ou le droit de mise à disposition du public<sup>42</sup>. En conséquence, le principe de territorialité s'impose la

---

<sup>36</sup> Voir chapitre 5 de la présente publication.

<sup>37</sup> Le cadre législatif de l'Union européenne (« l'acquis »), <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-copyright-legislation>.

<sup>38</sup> Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0029&from=EN>.

<sup>39</sup> Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:31993L0083>.

<sup>40</sup> Voir P.B. Hugenoltz, « Nouvelle lecture de la Directive Satellite-Câble : passé, présent et avenir », IRIS Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2009, <https://rm.coe.int/1680783415>.

<sup>41</sup> Ce principe, également connu en droit américain sous l'appellation de « doctrine de la première vente », signifie que le droit de distribution n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété d'une copie de l'œuvre réalisée par le titulaire des droits ou avec son consentement (article 4(2) de la Directive InfoSoc).

<sup>42</sup> Voir l'article 3(3) et les considérants 28 et 29 de la Directive InfoSoc.



plupart du temps et tout fournisseur de services en ligne qui propose, par exemple, des œuvres protégées par le droit d'auteur dans plus d'un État membre doit obtenir des licences qui couvrent l'ensemble de ces pays. Cette situation ne pose aucun problème lorsque l'ensemble des titulaires de droits qui ont participé à la création de l'œuvre conservent les droits exigés pour tous les pays concernés. Ainsi, rien dans les législations nationales ou européenne n'interdit à un producteur de film ou de musique d'accorder une licence multiterritoriale valable pour plusieurs pays, tant qu'il dispose des droits exigés. Mais ce n'est bien entendu que de la théorie. Dans les faits, les droits relatifs aux œuvres audiovisuelles font généralement l'objet d'une prévente par les distributeurs nationaux afin de financer la production de l'œuvre en question et, dans le cas des œuvres musicales, la gestion des droits est assurée par les sociétés de gestion collective nationales, qui jouent un rôle fondamental.

Plus précisément, les titulaires de droits sur des œuvres musicales confient la gestion de leurs droits aux sociétés de gestion collective, lesquelles concluent entre elles des accords de représentation réciproques, de sorte que chaque société de gestion collective peut concéder des licences multirépertoires dans le pays dont elle relève<sup>43</sup>. À l'échelle de l'Union européenne, l'adoption de la Directive concernant la gestion collective du droit d'auteur<sup>44</sup> s'avère être la dernière tentative en date pour surmonter les obstacles nationaux à la libre distribution en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur<sup>45</sup>. Elle vise en effet à parfaire la gestion de l'ensemble des sociétés de gestion collective en fixant des principes de gouvernance, de transparence et de gestion financière. Cette Directive envisage par ailleurs d'établir des normes communes pour l'octroi, par les sociétés de gestion collective, de licences multiterritoriales relatives aux droits des œuvres musicales

---

<sup>43</sup> Ces accords interdisant aux sociétés de gestion collective d'octroyer des licences à l'échelle de l'Union, la Commission européenne a rendu, en 2008, une décision en matière d'ententes interdisant à 24 sociétés européennes de perception de droits d'entraver la concurrence en limitant leur capacité d'offrir leurs services aux auteurs et aux utilisateurs commerciaux situés en dehors de leur territoire national. La Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC) a fait appel de cette décision devant le Tribunal de l'Union européenne, lequel a conclu que la Commission n'avait pas démontré l'existence d'une concertation entre les sociétés de gestion collective concernant la portée territoriale des mandats qu'elles se confèrent et que le comportement parallèle des sociétés de gestion collective était la conséquence non pas d'une concertation, mais de la volonté des sociétés de gestion collective de lutter efficacement contre les utilisations non autorisées des œuvres musicales. Voir l'arrêt du Tribunal (sixième chambre) du 12 avril 2013, affaire T-442/08, *International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) contre Commission européenne*,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136261&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=357698>.

<sup>44</sup> Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0026&from=EN>.

<sup>45</sup> La Commission européenne avait déjà adopté en 2005 une recommandation concernant la gestion des droits en ligne des œuvres musicales. Celle-ci proposait des mesures visant à améliorer l'octroi de licences pour toute l'Union européenne en matière de services en ligne. Voir la Recommandation de la Commission 2005/737/CE du 18 mai 2005 relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005H0737&from=EN>.



pour la fourniture de services en ligne, mais également de créer les conditions nécessaires au développement de l'offre légale de musique sur internet<sup>46</sup>.

Le secteur de l'audiovisuel n'est cependant pas organisé de manière aussi collective que celui de la musique. Récemment, diverses solutions ont été proposées pour encourager l'apparition d'un marché unique numérique pour les œuvres audiovisuelles, et la plus radicale est probablement la proposition de mettre en place un titre unique européen du droit d'auteur. Pour les partisans de cette proposition, il s'agirait d'une « solution réellement structurelle et cohérente qui résoudrait immédiatement la disparité de traitement des biens et des services dans le domaine du droit d'auteur »<sup>47</sup>. Le code européen du droit d'auteur<sup>48</sup> (« *European Copyright Code* ») est une émanation concrète de cette idée qui découle du projet collaboratif Wittem réunissant des universitaires spécialistes du droit d'auteur en Europe.

Ce projet de mise en place d'un titre unique de droit d'auteur au sein de l'Union européenne a été accueilli de manière contrastée par les parties intéressées<sup>49</sup> et l'évaluation de sa pertinence et de sa faisabilité dépasserait la portée de la présente publication<sup>50</sup>. Cependant, parmi les nombreuses questions complexes qu'elle soulève, cette proposition s'interroge sur la compétence de l'Union européenne en matière de droit d'auteur. Traditionnellement, la compétence de l'Union européenne en matière d'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins reposait sur deux objectifs principaux : le bon fonctionnement du marché intérieur et le renforcement de la compétitivité de l'économie européenne<sup>51</sup>. Toutefois, depuis l'adoption du Traité de Lisbonne<sup>52</sup>, l'Union européenne dispose d'une compétence spécifique en matière de protection des droits de propriété intellectuelle. En vertu de l'article 118 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), « [d]ans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union ». D'aucuns ont estimé que cet article habiliterait l'Union européenne non seulement à mettre en place des titres de droit d'auteur valables au sein de l'Union, « mais

---

<sup>46</sup> Voir Commission européenne, « *Directive on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing – frequently asked questions* », disponible en anglais sur : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-79\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-79_en.htm).

<sup>47</sup> Voir P.B Hugenholtz et autres, « *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy – Final report* », disponible en anglais sur : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2018238](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2018238).

<sup>48</sup> Voir <https://www.ivir.nl/copyrightcode/introduction/>.

<sup>49</sup> Voir « *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules* », page 89, disponible en anglais sur : [http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=60517](http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60517).

<sup>50</sup> Pour une critique approfondie du code du droit d'auteur issu du projet Wittem, voir par exemple, F. Ficsor, « *The hurried idea of a 'European Copyright Code' in the light of the EU's (desirable) cultural and copyright policy* », disponible en anglais sur : <http://www.copyrightseesaw.net/uploads/fajlok/d9ce1c99e3014eedd61c16279356cb93.doc>.

<sup>51</sup> Voir M. Van Eechoud, P.B. Hugenholtz, S. Van Gompel, L. Guibault et N. Helberger, « *Harmonizing European Copyright Law - The Challenges of Better Lawmaking* » (Kluwer Law International, 2009) page 11.

<sup>52</sup> Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:12007L/TXT&from=EN>.



aussi, simultanément, à abolir les titres nationaux, condition nécessaire pour qu'une telle initiative puisse pleinement produire ses effets et lever les restrictions territoriales<sup>53</sup> ».

Il reste toutefois à déterminer si l'abrogation du principe de territorialité dans la législation relative au droit d'auteur aura l'effet escompté, à savoir la suppression des restrictions territoriales. En l'absence d'obstacles territoriaux liés au droit d'auteur, les titulaires de droits conservent néanmoins la possibilité de limiter la portée des licences par des accords contractuels, comme l'illustre l'exemple de la radiodiffusion par satellite<sup>54</sup>. Il importe cependant que ces pratiques soient conformes à la législation de l'Union européenne relative à la concurrence.

### 2.1.3. Les récentes évolutions législatives

Un certain nombre d'évolutions législatives visant à améliorer la circulation des œuvres au sein de l'Union européenne ont récemment fait craindre aux titulaires de droits le démantèlement du principe de territorialité dans la législation relative au droit d'auteur de l'Union européenne.

#### 2.1.3.1. Le Règlement relatif à la portabilité

Le Règlement relatif la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur (ci-après le « Règlement relatif à la portabilité »<sup>55</sup>) a été adopté le 14 juin 2017 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2018. Il vise à garantir aux citoyens européens qui ont souscrit à des services de contenu en ligne dans leur pays d'origine de pouvoir y accéder lorsqu'ils voyagent ou séjournent temporairement dans un autre pays de l'Union européenne<sup>56</sup>. En vertu de l'article 3 du Règlement relatif à la portabilité, le fournisseur d'un service de contenu en ligne fourni contre rémunération est tenu de permettre à un abonné présent temporairement dans un autre État membre d'accéder au service de contenu en ligne en question et de l'utiliser de la même manière que lorsqu'il se trouve dans l'État membre où il réside, notamment en lui donnant accès au même contenu, sur la même gamme et le même nombre d'appareils, pour le même nombre d'utilisateurs et avec le même éventail de fonctionnalités.

Afin de concilier cet objectif avec le principe de territorialité sur lequel repose le droit d'auteur européen, le Règlement relatif à la portabilité contient, dans son article 4, une fiction juridique selon laquelle la fourniture d'un service à un abonné présent

---

<sup>53</sup> Voir M. Van Eechoud, P.B. Hugenholtz, S. Van Gompel, L. Guibault et N. Helberger, voir plus haut note 84, page 353.

<sup>54</sup> Voir P.B. Hugenholtz, « Nouvelle lecture de la Directive Satellite-Câble : passé, présent et avenir ».

<sup>55</sup> Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE),

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:02017R1128-20170630&from=EN>.

<sup>56</sup> Marché unique numérique – Portabilité des services de contenu en ligne,

[https://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-18-2601\\_fr.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-2601_fr.htm).



temporairement dans un autre État membre, ainsi que l'accès et l'utilisation de ce service par cet abonné seront considérés comme ayant lieu dans l'État membre de résidence de l'abonné. L'article 7 précise par ailleurs que toute disposition contractuelle contraire au Règlement relatif à la portabilité, que ce soit entre le fournisseur de services et les titulaires de droits ou avec les abonnés, est inapplicable.

Un an après son entrée en vigueur, le 9 juillet 2019, l'Observatoire européen de l'audiovisuel a établi pour la Commission européenne un premier rapport sur la mise en œuvre des nouvelles dispositions par les services de vidéo en ligne gratuits<sup>57</sup>. Selon ce premier retour d'information, qui se base sur l'analyse d'un échantillon de personnes<sup>58</sup>, et compte tenu de l'évolution rapide du marché numérique, la portabilité des services de vidéo en ligne gratuits n'en est encore qu'à ses débuts et repose pour l'essentiel sur les radiodiffuseurs publics. Les premières réactions ainsi obtenues par les services ayant mis en œuvre la portabilité sont plutôt positives, aussi bien pour ce qui est de l'utilisation des services que des relations avec les titulaires de droits. Les aspects techniques relatifs à la mise en œuvre du règlement sur la portabilité, comme la vérification de l'État membre de résidence des utilisateurs et la procédure de sécurité requise pour veiller à ce que seuls les utilisateurs éligibles puissent accéder au service depuis l'étranger, constituent un élément essentiel des décisions prises par les services gratuits de vidéo en ligne. Enfin, la plupart des services de vidéo en ligne gratuits ont indiqué qu'il est encore bien trop tôt pour évaluer la nécessité d'apporter des modifications au Règlement relatif à la portabilité ; certains ont déclaré que la procédure d'identification et d'enregistrement devrait être simplifiée et que les titulaires de droits devraient être davantage informés du fait que le règlement n'a pas d'incidence sur l'acquisition des licences, ni sur les droits des licences.

### 2.1.3.2. La Directive relative au droit d'auteur et aux droits voisins s'applique à certaines transmissions en ligne

Bien que le secteur de l'audiovisuel ne s'oppose pas de manière significative au Règlement relatif à la portabilité, la proposition de la Commission européenne d'un règlement visant à établir des dispositions pour l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio a suscité de vives réactions dans l'industrie de l'audiovisuel.

Cette proposition de règlement établissant des dispositions pour l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio (Proposition de règlement), adoptée par la Commission européenne le 14 septembre 2016, envisageait la mise en place du principe du pays d'origine pour certains types de transmission en ligne de programmes de télévision et de radio, tels que les services de diffusion multisupport et de rattrapage, afin de faciliter l'octroi des licences de contenu en ligne par les radiodiffuseurs

---

<sup>57</sup> M. Jiménez Pumares, *First feedback from the implementation of the Portability Regulation by free online video services*, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, juillet 2019, disponible en anglais sur : <https://rm.coe.int/first-feedback-from-the-implementation-of-portability-regulation-by-fr/168095f331>.

<sup>58</sup> Cette analyse reposait sur une recherche documentaire des offres en ligne de plus de 50 services de vidéo en ligne gratuits et d'un questionnaire adressé à plus de 50 services, auquel 25 services au total ont répondu.



et, au final, d'améliorer l'accès transfrontière aux services en ligne des radiodiffuseurs dans le marché unique numérique. Elle a également instauré un système de gestion collective obligatoire pour l'acquisition des droits de retransmission des programmes radiophoniques et télévisuels fournis sur d'autres plateformes que le câble et sur des réseaux fermés équivalents, afin de faciliter l'utilisation de programmes par des plateformes tierces.

En vertu des dispositions envisagées pour l'acquisition des droits de certaines transmissions en ligne par les radiodiffuseurs, les droits de communication au public, de mise à disposition et de reproduction seraient réputés avoir eu lieu uniquement dans l'État membre dans lequel l'organisme de radiodiffusion est établi. Ainsi, l'organisme de radiodiffusion aurait uniquement à faire l'acquisition des droits nécessaires dans l'État membre dans lequel son établissement principal est établi. Toutefois, les licences accordées en vertu du principe du pays d'origine devraient prendre en compte tous les aspects de ces services en ligne, y compris l'audience et les différentes versions linguistiques des programmes.

En définitive, après de nombreuses controverses politiques, le texte adopté a pris la forme d'une directive<sup>59</sup> et, plus important encore, a été considérablement réduit. Les dispositions adoptées sur la base du principe du pays d'origine (article 3) s'appliquent à l'ensemble des programmes de radio, mais en revanche uniquement aux programmes de télévision qui sont : (i) des programmes d'informations et d'actualités ou (ii) des propres productions de l'organisme de radiodiffusion, entièrement financées par lui. L'article 3 précise en outre de manière explicite que ces dispositions « ne s'appliqu[ent] pas aux diffusions de manifestations sportives ni aux diffusions d'œuvres et autres objets protégés intégrés dans ces diffusions ». Par ailleurs, l'article 3(3) rappelle que le principe du pays d'origine est sans préjudice de la liberté contractuelle dont jouissent les titulaires de droits et des organismes de radiodiffusion pour convenir, dans le respect du droit de l'Union, de limiter l'exploitation de ces droits.

Les articles 4 et 5 concernent la retransmission de programmes de télévision et de radio et étendent le système de gestion collective obligatoire, lequel s'applique actuellement uniquement aux retransmissions par câble, aux services de retransmission fournis par d'autres moyens, comme la télévision par internet (IPTV), ainsi qu'aux technologies de retransmission par satellite, par le numérique terrestre ou en ligne.

L'article 8 porte quant à lui sur la transmission de programmes par injection directe et précise que lorsque les radiodiffuseurs transmettent leurs signaux porteurs de programmes par injection directe exclusivement aux distributeurs et que ces derniers transmettent ces signaux au public, il s'agit d'un « acte de communication au public » auquel participent aussi bien les radiodiffuseurs que les distributeurs et pour lequel ils doivent obtenir l'autorisation des titulaires de droits.

---

<sup>59</sup> Directive (UE) 2019/789 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions de programmes de télévision et de radio, et modifiant la Directive 93/83/CEE du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0789&from=FR>.



## 2.1.4. La territorialité et la législation en matière de concurrence

Le titre VII, chapitre 1, section 1, du TFUE regroupe les dispositions de l'Union européenne en matière de concurrence applicables aux entreprises. L'article 101 pose ainsi une interdiction générale concernant les accords entre entreprises ayant pour effet de restreindre la concurrence. Cette disposition concerne à la fois les accords horizontaux et verticaux. Une exception limitée est toutefois prévue pour les accords et autres actions qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits, ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. L'article 102 du TFUE interdit tout abus de position dominante qui consisterait, par exemple, à imposer des prix d'achat ou de vente, à limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, à infliger à des concurrents un désavantage dans la concurrence ou à subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Le règlement antitrust<sup>60</sup>, qui met en œuvre les articles 101 et 102 du TFUE, remplace le système centralisé de notification et d'autorisation par un système de mise en œuvre fondé sur l'application directe et intégrale de ces deux articles. Selon l'article 11(6) de ce règlement, l'ouverture d'une procédure par la Commission dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les règles de concurrence de l'Union aux pratiques en cause. L'article 16(1) du règlement antitrust enjoint aux juridictions nationales d'éviter d'adopter des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée par la Commission dans une procédure intentée par celle-ci.

En matière d'octroi de licences ou d'acquisition de contenus audiovisuels télévisés (films et autres contenus), la Commission européenne définit traditionnellement le périmètre géographique des marchés de la radiodiffusion en termes nationaux ou en fonction de zones linguistiques homogènes<sup>61</sup>. S'agissant en particulier des droits de diffusion des films *premium*, l'enquête de marché menée dans l'affaire *NewsCorp/BskyB*<sup>62</sup> a confirmé que ces droits n'étaient que rarement négociés simultanément pour plusieurs territoires. Les parties concernées estiment que les droits de radiodiffusion sont généralement négociés et accordés pays par pays ; les seules exceptions semblent concerner l'octroi de licences pour une zone linguistique (par exemple les droits pour l'Allemagne, l'Autriche et les régions germanophones de la Suisse et du Luxembourg) ou

---

<sup>60</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>. Voir également le Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du Traité CE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004R0773&from=FR>.

<sup>61</sup> Voir R. Capito, « EU », Susanne Nikoltchev Ed., IRIS *Spécial* : Marchés convergents - pouvoir convergent ? Régulation et jurisprudence, (Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2012), <https://rm.coe.int/1680783dd0>.

<sup>62</sup> Commission européenne, Décision D/C(2010) 9684, affaire COMP/M.5932 - *NewsCorp/BSkyB*, 21 décembre 2010, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5932\\_20101221\\_20310\\_1600159\\_EN.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5932_20101221_20310_1600159_EN.pdf).



pour une zone qui partage un environnement socioculturel commun, comme les pays scandinaves. La disponibilité des ressources dans chaque langue, les dates variables de mise à disposition des contenus sur les différents territoires et le fait que chaque pays et chaque région présentent des préférences locales en matière de programmation figurent parmi les autres facteurs qui, selon les parties concernées, empêchent la négociation et l'octroi de licences transfrontières.

Le fait que les accords de licence soient généralement conclus pays par pays ne signifie pas pour autant qu'ils ne peuvent avoir des effets anticoncurrentiels ou constituer un obstacle à la réalisation du Marché unique. L'exemple le plus frappant en est sans doute l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne dans les affaires *Premier League* concernant les restrictions à l'octroi de licences concédant aux radiodiffuseurs des droits de diffusion exclusifs et en direct pour les rencontres du championnat d'Angleterre de football sur une base territoriale, correspondant généralement au territoire d'un État membre<sup>63</sup>. A la suite de cet arrêt, la Commission a mené en 2012 une enquête pour déterminer si les accords de licence portant sur les contenus des chaînes à péage contenaient des clauses de protection territoriale absolue de nature à restreindre la concurrence, à entraver l'achèvement du marché unique et à priver les consommateurs d'un accès transfrontière à des contenus sportifs et cinématographiques payants<sup>64</sup>. En janvier 2014, la Commission européenne a par ailleurs ouvert plusieurs procédures formelles d'examen en matière d'ententes, visant à examiner certaines dispositions des accords de licence qui liaient plusieurs grands studios de production américains (Twentieth Century Fox, Warner Bros., Sony Pictures, NBCUniversal et Paramount Pictures) et les principaux radiodiffuseurs payants européens, tels que BSkyB (Royaume-Uni), Canal Plus (France), Sky Italia (Italie), Sky Deutschland (Allemagne) et DTS (Espagne)<sup>65</sup>. La Commission entendait déterminer si ces dispositions empêchaient les radiodiffuseurs de fournir leurs services au-delà de leurs frontières, par exemple en les amenant à refuser les abonnés potentiels d'autres États membres ou en bloquant l'accès transfrontière à leurs services. Dans le sillage de ces procédures, la Commission européenne a adressé le 23 juillet 2015 une communication des griefs à Sky UK et à six grands studios de cinéma américains : Disney, NBCUniversal, Paramount Pictures, Sony, Twentieth Century Fox et Warner Bros<sup>66</sup>.

Après la communication des griefs de la Commission, les événements se sont succédé de la manière suivante : en avril 2016, Paramount a proposé des engagements visant à répondre aux préoccupations de la Commission en matière de concurrence. Ces engagements ont été acceptés et rendus juridiquement contraignants en juillet 2016. En

---

<sup>63</sup> Cet arrêt est examiné en détail au chapitre 5 de la présente publication.

<sup>64</sup> Voir le document de travail des services de la Commission, 7 mai 2013, SWD(2013) 159 final accompagnant le rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2012 (COM(2013) 257 final), [https://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2012/part2\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2012/part2_fr.pdf).

<sup>65</sup> Voir le communiqué de presse de la Commission européenne, « Antitrust : la Commission enquête sur les restrictions qui pèsent sur la fourniture transfrontière de services de télévision payante », 13 janvier 2014, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_14\\_15](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_14_15).

<sup>66</sup> Voir le communiqué de presse de la Commission européenne, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission adresse une communication des griefs concernant la prestation transfrontière de services de télévision payante disponible au Royaume-Uni et en Irlande », [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_15\\_5432](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_15_5432).



décembre 2018, le Tribunal de l'Union européenne a confirmé dans son intégralité la décision de la Commission d'accepter les engagements proposés par Paramount (affaire T-873/16, Groupe Canal +), confirmant ainsi que les obligations du radiodiffuseur et du studio contenues dans le contrat de diffusion sous licence d'œuvres cinématographiques de Paramount conclu avec Sky avaient enfreint l'article 101 du TFUE en éliminant la concurrence transfrontière entre les radiodiffuseurs payants. Finalement, vers la fin de l'année 2018, Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros. et Sky ont proposé des engagements visant à répondre aux préoccupations de la Commission, qui ont été rendus juridiquement contraignantes en mars 2019 en vertu des dispositions de l'Union européenne en matière de concurrence<sup>67</sup>.

La Commission a par ailleurs récemment ouvert une enquête sur la concurrence dans le secteur du commerce électronique<sup>68</sup>. Cette enquête sectorielle avait été ouverte le 6 mai 2015 au titre de l'article 17 du règlement n° 1/2003 et s'est déroulée dans le cadre de la stratégie pour le marché unique numérique<sup>69</sup>. La Commission souhaitait recueillir des données sur le fonctionnement des marchés du commerce électronique afin d'identifier d'éventuels problèmes de concurrence, en se concentrant tout particulièrement sur les obstacles potentiels au commerce en ligne transfrontière des biens et des services, où le commerce électronique est particulièrement florissant (par exemple le matériel électronique, les vêtements et les chaussures), ainsi que des contenus numériques. La Commission reconnaît qu'il existe plusieurs raisons à l'évolution actuelle des échanges entre les États membres en matière de commerce électronique, notamment les barrières linguistiques, les préférences des consommateurs et les différences de législations entre les pays de l'Union européenne. Elle observe toutefois qu'il est également possible que les entreprises présentes dans le secteur du commerce électronique puissent être impliquées dans des ententes anticoncurrentielles, des pratiques concertées ou des abus de position dominante.

En mars 2016, la Commission a fait part dans un document de synthèse<sup>70</sup> de ses premières conclusions sur le blocage géographique et le 15 septembre 2016, elle a publié un rapport préliminaire sur l'enquête sectorielle sur le commerce électronique dans lequel elle présente ses premières conclusions<sup>71</sup>. Une consultation publique, qui s'est achevée le 18 novembre 2016, a fait suite à la publication du rapport préliminaire. Les parties

---

<sup>67</sup> Voir le communiqué de presse de la Commission européenne, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission accepte les engagements offerts par Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros. et Sky concernant les services de télévision payante transfrontières », [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-1590\\_fr.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1590_fr.htm). Pour davantage de précisions sur cette affaire, voir le chapitre 5 de la présente publication.

<sup>68</sup> Décision de la Commission du 6 mai 2015 ouvrant une enquête sur le secteur du commerce électronique conformément à l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, C(2015) 3026 final, [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/ecommerce\\_decision\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/ecommerce_decision_fr.pdf).

<sup>69</sup> Voir le paragraphe 6.1.1.2 de la présente publication.

<sup>70</sup> Voir le communiqué de presse de la Commission européenne, « Concurrence : selon l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, le blocage géographique est une pratique courante dans l'ensemble de l'UE », [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_16\\_922](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_16_922).

<sup>71</sup> Voir le communiqué de presse de la Commission européenne, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission publie les conclusions préliminaires de l'enquête sectorielle sur le commerce électronique », [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3017\\_fr.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3017_fr.htm).



prenantes intéressées ont également exprimé leurs points de vue lors de la conférence des parties prenantes organisée par la DG Concurrence à Bruxelles le 6 octobre 2016.

Le 10 mai 2017, la Commission a adopté le rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique<sup>72</sup> et publié le document de travail l'accompagnant établi par ses services, qui expose les principales conclusions de l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, en tenant compte des points de vue et commentaires soumis par les parties prenantes lors de la consultation publique<sup>73</sup>. En matière de contenus numériques, les résultats de l'enquête sectorielle ont confirmé que la disponibilité des licences des titulaires de droits d'auteur sur les contenus numériques est fondamentale pour les fournisseurs de contenus numériques et qu'elle est un élément essentiel pour déterminer le niveau de concurrence sur le marché. Le rapport constate un certain nombre de pratiques de concession de licences qui sont susceptibles d'entraver l'émergence de nouveaux modèles commerciaux et services en ligne. Toute évaluation de ces pratiques au regard des dispositions de l'Union européenne en matière de concurrence doit néanmoins prendre en compte les spécificités du secteur des contenus. Cette enquête sectorielle a ainsi révélé que près de 60 % des fournisseurs de contenus numériques ayant participé à l'enquête ont convenu dans le cadre de contrats avec les titulaires de droits de mettre en œuvre un blocage géographique. La Commission estime par ailleurs que toute mesure concernant le blocage géographique qui viserait à faire respecter les dispositions en matière de concurrence devrait reposer sur une évaluation au cas par cas, notamment afin d'apprécier les éventuelles justifications des restrictions constatées<sup>74</sup>.

## 2.2. La territorialité et les services de médias audiovisuels

En matière de réglementation des médias, la question de la territorialité peut prendre la forme du principe du pays d'origine ou de celui du pays de destination.

Le principe du pays d'origine permet de garantir que tout service de médias audiovisuels en provenance d'un fournisseur établi dans un État circule librement dans les autres États, sans qu'aucune autorisation supplémentaire ne soit exigée et sans que ce service soit contraint de se conformer aux règles de ces États. Toute tentative d'en restreindre la circulation irait à l'encontre de ce principe, tout comme l'application d'obligations supplémentaires aux fournisseurs à l'origine du contenu audiovisuel. À l'inverse, selon le principe du pays de destination, c'est l'État dans lequel sont fournis les services qui détermine les dispositions applicables et les organismes compétents en matière de surveillance et de mise en œuvre.

---

<sup>72</sup> Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, 10 mai 2017, COM(2017) 229 final, [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final\\_report\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_fr.pdf).

<sup>73</sup> Voir le communiqué de presse de la Commission européenne, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission publie son rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique », [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1261\\_fr.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1261_fr.htm).

<sup>74</sup> Pour davantage de précisions sur ce point, voir Commission européenne, « Enquête sectorielle sur le commerce électronique », disponible en anglais sur : [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiries\\_e\\_commerce.html](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html).



La réglementation de l'Union européenne témoigne d'approches mixtes, en fonction des règles horizontales en cause. Dans le cas des services de médias audiovisuels, c'est le principe du pays d'origine qui s'applique, tandis qu'en vertu de la Directive relative au commerce électronique, qui concerne les contenus audiovisuels ne relevant pas de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias audiovisuels, mais de la notion de « services de la société de l'information », le grand principe à l'œuvre est celui du pays de destination.

À l'échelle internationale, c'est principalement le principe de non-discrimination qui détermine si la règle du pays de destination peut ou non s'appliquer. Il prend la forme du principe de la nation la plus favorisée en vertu duquel, quelle que soit l'origine du service concerné, un pays doit appliquer le même cadre juridique à tout autre service comparable provenant d'un fournisseur issu d'un autre pays.

## 2.2.1. Les dispositions en matière de territorialité applicables aux services audiovisuels à l'échelle de l'Union européenne

### 2.2.1.1. La Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMAV)

#### 2.2.1.1.1. La Directive SMAV telle qu'adoptée en 2010

Selon les articles 13, 16 et 17 de la Directive SMAV, tous les fournisseurs de services de médias audiovisuels sont tenus de consacrer une certaine proportion de leur temps de programmation ou de leur budget à des œuvres européennes. Dans une démarche qu'elle qualifie de « progressive », la Directive SMAV établit des obligations différentes en fonction du type de service. Si les exigences applicables à la programmation linéaire<sup>75</sup> sont

---

<sup>75</sup> Article 16(1) de la Directive SMAV : « Les États membres veillent, chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés, à ce que les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent à des œuvres européennes une proportion majoritaire de leur temps de diffusion, à l'exclusion du temps consacré aux informations, à des manifestations sportives, à des jeux, à la publicité, aux services de télétexte et au téléachat. Cette proportion, compte tenu des responsabilités de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle à l'égard de son public en matière d'information, d'éducation, de culture et de divertissement, devra être obtenue progressivement sur la base de critères appropriés ».

Article 17 de la Directive SMAV : « Les États membres veillent, chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés, à ce que les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent au moins 10 % de leur temps d'antenne, à l'exclusion du temps consacré aux informations, à des manifestations sportives, à des jeux, à la publicité, aux services de télétexte et au téléachat, ou alternativement, au choix de l'Etat membre, 10 % au moins de leur budget de programmation, à des œuvres européennes émanant de producteurs indépendants d'organismes de radiodiffusion télévisuelle. Cette proportion, compte tenu des responsabilités de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle à l'égard de son public en matière d'information, d'éducation, de culture et de divertissement, devra être obtenue progressivement sur la base de critères appropriés. Elle doit être atteinte en réservant une proportion adéquate à des œuvres récentes, c'est-à-dire des œuvres diffusées dans un laps de temps de cinq ans après leur production ».



relativement harmonisées, les États membres disposent d'un pouvoir discrétionnaire plus important pour définir les obligations applicables aux services à la demande<sup>76</sup> en vue de contribuer à la promotion des œuvres européennes.

La définition de la compétence territoriale, c'est-à-dire le fait de déterminer quel État membre est habilité à réglementer une question donnée, est l'élément fondamental permettant de définir les dispositions applicables aux différents types de services de médias audiovisuels. À cette fin, le principe du pays d'origine, qui est au cœur de la Directive SMAV, est mis en place par l'article 2(1) de la Directive SMAV, selon lequel : « Chaque État membre veille à ce que tous les services de médias audiovisuels diffusés par des fournisseurs de services de médias relevant de sa compétence respectent la législation applicable aux services de médias audiovisuels destinés au public dans cet État membre ».

Le considérant 33 précise l'interprétation de cet article : « Le principe du pays d'origine devrait être vu comme au cœur de la présente directive, compte tenu de son importance primordiale pour la création d'un marché intérieur. Ce principe devrait être appliqué à tous les services de médias audiovisuels afin de garantir aux fournisseurs de services de médias la sécurité juridique indispensable à la mise en place de nouveaux modèles d'activité et au déploiement de ces services. Il est également essentiel pour garantir la libre circulation de l'information et des programmes audiovisuels dans le marché intérieur ».

Les critères visant à déterminer la compétence d'un État membre sont énoncés aux alinéas 2 et 3 de l'article 2 de la Directive SMAV, qui exige la prise en compte des éléments suivants, par ordre de priorité :

- l'État dans lequel le fournisseur de services de médias a son siège social et où ses décisions éditoriales sont prises, si les deux coïncident ;
- dans le cas contraire, l'État dans lequel opère une partie importante des effectifs employés aux activités concernées ;
- lorsqu'une partie importante des effectifs opère dans deux États membres, l'État dans lequel le fournisseur de services de médias a son siège social ;
- lorsqu'une partie importante des effectifs n'opère dans aucun de ces États membres, le fournisseur de services de médias est réputé être établi dans le premier État membre où il a débuté ses activités conformément à la législation de cet État membre, à condition qu'il maintienne un lien économique stable et réel avec celui-ci.

Dans le cas des services de médias émanant de pays tiers, deux critères supplémentaires sont prévus par l'article 2(4) :

---

<sup>76</sup> Article 13(1) de la Directive SMAV « Les États membres veillent à ce que les services de médias audiovisuels à la demande fournis par des fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence promeuvent, lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés, la production d'œuvres européennes ainsi que l'accès à ces dernières. Cette promotion pourrait notamment se traduire par la contribution financière apportée par ces services à la production d'œuvres européennes et à l'acquisition de droits pour ces œuvres, ou la part et/ou la place importante réservée aux œuvres européennes dans le catalogue de programmes proposés par le service de médias audiovisuels à la demande ».



- l'État dans lequel est située la liaison montante vers un satellite utilisée par le fournisseur de services de médias ;
- à défaut, l'État dont relève la capacité satellitaire utilisée par le fournisseur de services de médias.

En vertu de l'article 2(5) de la Directive SMAV, si aucun de ces critères n'est rempli, c'est le critère d'établissement du TFUE qui intervient en dernier recours. Comme le précise le considérant 40 de la Directive : « Les articles 49 à 55 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne établissent le droit fondamental à la liberté d'établissement. En conséquence, les fournisseurs de services de médias devraient généralement pouvoir choisir librement les États membres dans lesquels ils s'établissent ».

Cette abondance de critères témoigne d'une véritable volonté d'identifier précisément l'unique État membre susceptible d'exercer sa compétence territoriale sur le fournisseur de services de médias concerné : « Afin de promouvoir un secteur audiovisuel européen solide, compétitif et intégré et de favoriser le pluralisme des médias à travers toute l'Union, un fournisseur de services de médias ne devrait relever de la compétence que d'un seul État membre, et le pluralisme de l'information devrait être un principe fondamental de l'Union » (considérant 34).

Si le principe du pays d'origine vise essentiellement à offrir une sécurité juridique lors de l'identification des dispositions applicables aux fournisseurs de services de médias en activité, son corollaire repose sur la nécessité de garantir dans les autres États membres la libre circulation des services qui respectent les dispositions en vigueur. Ce point est précisé à l'article 3(1) de la Directive SMAV : « Les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire de services de médias audiovisuels en provenance d'autres États membres pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la présente directive ».

Pour compenser le risque de voir le service d'un fournisseur de médias accessible dans un autre État membre que son pays d'établissement aboutir à des violations graves et répétées de la législation du pays récepteur, les alinéas (2) et (6) de l'article 3 prévoient une procédure spécifique pour remédier à ces situations et restreignent en conséquence les possibilités de retransmission.

Dans le même temps, puisqu'il s'agit d'une directive d'harmonisation minimale, « [l]es États membres ont la faculté, en ce qui concerne les fournisseurs de services de médias qui relèvent de leur compétence, de prévoir des règles plus détaillées ou plus strictes dans les domaines couverts par la présente directive, sous réserve que ces règles soient conformes au droit de l'Union » (article 4(1) de la Directive SMAV). Là encore, les paragraphes suivants de l'article prévoient une procédure qui permet de traiter les conflits découlant d'un possible contournement, dans lesquels les services de médias provenant de certains États membres sont dirigés intégralement ou principalement vers le territoire d'un autre État membre – autrement dit, les cas d'abus de droit<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Les conditions d'application de ces procédures en cas de contournement ont été codifiées par la Cour de justice de l'Union européenne. Voir, par exemple, l'affaire C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*



En raison de leur statut de clauses d'exception, les procédures décrites dans les articles 3 et 4 doivent être interprétées de manière restrictive<sup>78</sup>. Concernant les services à la demande, il n'existe pas de dispositions comparables relatives au contournement de dispositions nationales plus strictes ; toutefois, les principes développés par la Cour de justice de l'Union européenne s'appliquent également à ces services.

Compte tenu de leur complexité, ces procédures n'ont été appliquées que dans quelques affaires et la plupart des conflits de compétence sont résolus de manière bilatérale et informelle<sup>79</sup>.

#### 2.2.1.1.2. La révision de 2018

Le 28 novembre 2018, le texte consolidé de la version révisée de la Directive SMAV a été publié au Journal officiel de l'Union européenne<sup>80</sup>. Cette directive modifiée vise à tenir compte de l'évolution du marché des services de médias audiovisuels, des nouveaux types de services découlant des évolutions techniques, des changements dans les habitudes de visionnage et de l'importance croissante des contenus générés par les utilisateurs<sup>81</sup>.

La nouvelle directive prévoit un renforcement du principe du pays d'origine en précisant plus clairement les dispositions applicables des États membres, les procédures harmonisées de dérogation des radiodiffuseurs télévisuels et des fournisseurs de services à la demande, ainsi que les possibilités de dérogation en cas de motifs d'inquiétude pour la sécurité publique et de risques graves pour la santé publique<sup>82</sup>.

---

[1999] ECR I-1459, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61997CJ0212&from=EN>; l'affaire 33/74, *Van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] ECR 1299, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61974CJ0033&from=EN>; et l'affaire C-23/93, *TV10 SA c. Commissariaat voor de Media* [1994] ECR I-4795, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:61993CJ0023&from=EN>.

<sup>78</sup> Voir les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne sur la nécessité d'interpréter ces exceptions de manière restrictive, par exemple dans l'affaire Case C-355/98, *Commission c. Belgique* [2000] ECR I-1221: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61998CJ0355>, et l'affaire C-348/96, *Calfa* [1999] ECR I-11, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0348>.

<sup>79</sup> Pour une vue d'ensemble des éventuels cas de litiges résolus à l'amiable, voir les rapports sur l'application de la Directive SMAV et de Directive Télévision sans frontières, disponibles sur : <http://ec.europa.eu/digital-agenda/avmsd-application-reports>. Voir également le document d'introduction préparé pour la réunion de l'EPRA de 2011 par Maria Donde, « *Terms of Reference Working Group 1: Jurisdiction* », disponible uniquement en anglais sur : [www.epra.org/attachments/portoroz-wg1-jurisdiction-introduction](http://www.epra.org/attachments/portoroz-wg1-jurisdiction-introduction).

<sup>80</sup> Directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la Directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (Directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018L1808&from=EN>.

<sup>81</sup> Voir Conseil de l'Union européenne, *Moins de discours de haine et davantage de contenus européens dans les services de diffusion vidéo en continu: le Conseil adopte de nouvelles règles de l'UE*, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/11/06/less-hate-speech-and-more-european-content-on-video-streaming-services-council-adopts-new-eu-rules/>.

<sup>82</sup> Voir Commission européenne, *Revision of the Audiovisual Media Services Directive (AVMSD)*, disponible en anglais sur : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/revision-audiovisual-media-services-directive-avmsd>.



Un nouvel article 13 impose de nouvelles obligations aux fournisseurs de VOD, en vertu desquelles ils doivent désormais consacrer au moins 30 % d'œuvres européennes dans leurs catalogues et assurer la visibilité de ces œuvres. Pour ce qui est de la territorialité, l'article 13 comporte un alinéa selon lequel les États membres peuvent exiger que certains fournisseurs de services de médias qui ciblent des publics sur leur territoire alors qu'ils sont établis dans d'autres États membres contribuent financièrement à la production d'œuvres européennes, y compris par des investissements directs dans des contenus ou par une contribution à des fonds nationaux, qui doivent être proportionnés et non discriminatoires. Dans ce cas de figure, la contribution financière est uniquement fondée sur les recettes perçues dans les États membres ciblés. Si l'État membre dans lequel le fournisseur est établi impose une telle contribution financière, il tient compte de toutes les contributions financières imposées par les États membres ciblés. Toute contribution financière doit respecter le droit de l'Union, en particulier les dispositions relatives aux aides d'État.

L'obligation imposée au titre de l'article 13 ne s'applique pas aux fournisseurs de services de médias qui ont un chiffre d'affaires peu élevé ou une faible audience. Les États membres peuvent aussi renoncer à ces obligations ou exigences lorsqu'elles seraient impossibles à respecter ou injustifiées en raison de la nature ou du thème des services de médias audiovisuels. La Commission publie, après consultation du comité de contact, des lignes directrices relatives au calcul de la part des œuvres européennes visée à l'alinéa 1 et à la définition d'une « faible audience » et d'un « chiffre d'affaires peu élevé » énoncée à l'alinéa 6.

### 2.2.1.2. La Directive relative au commerce électronique

Dans la mesure où les contenus audiovisuels sont transmis par l'intermédiaire de réseaux de communication électroniques, la Directive SMAV peut ne pas s'appliquer dans certains cas de figure, notamment parce que les critères relatifs à la responsabilité éditoriale ne sont pas réunis. Les dispositions applicables peuvent alors être déterminées par la Directive relative au commerce électronique<sup>83</sup>.

Comme dans la Directive SMAV, le principe du pays d'origine y est prédominant. L'article 3(1-2) de la Directive relative au commerce électronique précise que : « 1. Chaque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné. 2. Les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre.

---

<sup>83</sup> 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 »), publiée au Journal officiel L 17/1, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:32000L0031>.



Contrairement à la Directive SMAV, l'article 3(3) de la Directive relative au commerce électronique<sup>84</sup> renvoie à une liste de secteurs pour lesquels ce principe est inversé en faveur de celui du pays de destination. C'est le cas du droit d'auteur, des paiements électroniques et des communications commerciales<sup>85</sup>. En conséquence, la question de la territorialité est traitée différemment selon les droits à protéger : en cas d'infraction au droit d'auteur, l'État membre compétent est le pays dans lequel les services sont fournis, tandis qu'en cas de litige portant sur les contenus, l'État membre d'établissement peut intervenir.

A l'instar de la Directive SMAV, l'article 3(4) de la Directive relative au commerce électronique prévoit des procédures particulières afin de permettre au pays de réception de restreindre la retransmission sur son territoire en cas de graves violations concernant « la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine ».

Là encore, ces procédures sont particulièrement complexes et longues. En raison, notamment, de l'existence d'un réseau spécialisé (le réseau CPC<sup>86</sup>) dans la gestion d'éventuels conflits, ces questions ont donné lieu à très peu d'affaires<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Article 3(3) de la Directive relative au commerce électronique : « Les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables aux domaines visés à l'annexe ».

<sup>85</sup> En vertu de l'annexe à la Directive relative au commerce électronique :

« Comme prévu à l'article 3(3), les alinéas (1) et (2) de l'article 3 ne s'appliquent pas dans les cas suivants :

- le droit d'auteur, les droits voisins, les droits visés par la Directive 87/54/CEE et par la Directive 96/9/CE ainsi que les droits de propriété industrielle,
- l'émission de monnaie électronique par des institutions pour lesquelles les États membres ont appliqué une des dérogations prévues à l'article 8(1) de la Directive 2000/46/CE,
- l'article 44(2) de la Directive 85/611/CEE,
- l'article 30 et le titre IV de la Directive 92/49/CEE, le titre IV de la Directive 92/96/CEE, les articles 7 et 8 de la Directive 88/357/CEE et l'article 4 de la Directive 90/619/CEE,
- la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat,
- les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs,
- la validité formelle des contrats créant ou transférant des droits sur des biens immobiliers, lorsque ces contrats sont soumis à des exigences formelles impératives selon le droit de l'État membre dans lequel le bien immobilier est situé,
- l'autorisation des communications commerciales non sollicitées par courrier électronique ».

<sup>86</sup> Le réseau de coopération en matière de protection des consommateurs (CPC) réunit les autorités publiques de tous les États membres de l'UE (et d'autres pays de l'EEE) chargées de l'application de la législation concernant la protection des consommateurs de l'UE. Voir

[https://ec.europa.eu/internal\\_market/scoreboard/performance\\_by\\_governance\\_tool/consumer\\_protection\\_cooperation\\_network/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/consumer_protection_cooperation_network/index_en.htm).

<sup>87</sup> Document de travail des services de la Commission, « *Online services, including e-commerce, in the Single Market* », SEC(2011) 1641 final, 11 janvier 2012, disponible en anglais sur :

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1641>.



## 3. Le contexte national

### 3.1. La procédure d'acquisition des droits dans le secteur audiovisuel de l'Union européenne

#### 3.1.1. Les spécificités du secteur audiovisuel de l'Union européenne

L'industrie audiovisuelle est tributaire du droit d'auteur et des droits voisins, qui encouragent la création de nouveaux contenus médiatiques, rémunèrent les titulaires de droits et constituent pour ces derniers un précieux outil leur permettant d'établir des négociations avec les agents des autres segments de la chaîne de valeur, comme les réseaux de distribution.

Le secteur audiovisuel européen se caractérise par sa fragmentation structurelle, à la fois culturelle et commerciale. Les spécificités linguistiques et culturelles transfrontières nécessitent des versions<sup>88</sup> et doublages linguistiques et/ou culturels, ainsi que des investissements considérables en matière de publicité et de marketing pour cibler les publics locaux et créer une demande des consommateurs pour chaque œuvre cinématographique ou audiovisuelle. Cette fragmentation permet d'expliquer en grande partie la raison pour laquelle un contenu audiovisuel européen est généralement distribué dans le cadre d'une licence essentiellement territoriale. Chaque contrat de licence suppose des négociations sur le montant de l'investissement et sur la manière dont les risques seront partagés entre les distributeurs et les titulaires de droits. Il existe peu d'économies d'échelle ou de mutualisation des risques dans la négociation de tels contrats pour plusieurs territoires, sauf lorsqu'il est question de superproductions et de productions audiovisuelles conçues pour un public mondial.

Par ailleurs, le préfinancement des œuvres audiovisuelles suppose une forte implication des parties prenantes du pays pour lequel ces œuvres sont réalisées. Elles estiment en effet que la territorialité est un élément essentiel pour générer les recettes escomptées nécessaires à l'obtention d'un préfinancement. Dans la plupart des cas, les droits d'exploitation font l'objet d'une prévente par pays et par plateforme de distribution

---

<sup>88</sup> Le contenu audiovisuel est distribué dans un large éventail de versions, ce qui permet au consommateur de l'obtenir à divers moments, sous différents formats et à des prix différents. Le « *versioning* » (c'est-à-dire la « gestion des versions ») audiovisuel englobe non seulement la différenciation de qualité, mais également les moyens d'accès, l'ensemble de produits rassemblés dans l'offre et l'étendue d'utilisation accordée au consommateur. Pour davantage de précisions sur cette notion de « *versioning* » de la commercialisation des médias, voir Kea *European Affairs, Mines Paris-Tech, Multi-Territory Licensing of Audiovisual Works in the European Union*, rapport final préparé pour la Commission européenne, DG Société de l'information et médias, octobre 2010, page 26, disponible en anglais sur : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/369b51d8-49a0-49c4-9404-5b34a503033c>.



afin de dégager des fonds pour le financement de l'œuvre audiovisuelle en question. Les titulaires de droits estiment que ces préventes territoriales constituent non seulement un mécanisme indispensable pour le financement de films, mais qu'elles sont également bien souvent une condition préalable pour garantir les investissements des producteurs et la participation d'autres partenaires financiers ou investisseurs au projet.

L'évolution du marché européen de l'audiovisuel, stimulée par les technologies numériques, les nouveaux modes d'accès et de consommation des utilisateurs de contenus audiovisuels et une concurrence accrue sur le marché de la VOD, oblige les parties prenantes à adapter leurs stratégies et leurs modèles économiques, ce qui pourrait avoir des répercussions sur le financement des œuvres cinématographiques et sur les conditions d'acquisition des licences. Compte tenu de la féroce concurrence qui prend place dans cette course aux œuvres cinématographiques et aux contenus audiovisuels pour attirer et fidéliser divers publics, l'acquisition de droits exclusifs à l'échelle mondiale pour de longues périodes devient plus que jamais un enjeu concurrentiel pour les radiodiffuseurs et les plateformes.

### 3.1.2. Les spécificités des œuvres audiovisuelles

Comme le résume une publication de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), « *La création d'une œuvre cinématographique est une entreprise collective organisée par le producteur et qui implique de nombreux et remarquables talents créatifs, comme les scénaristes, les réalisateurs et acteurs, les caméramans, les stylistes et les monteurs, notamment. Le succès économique dépend de la convergence des idées et des talents, de l'obtention des droits de propriété intellectuelle nécessaires et de leur utilisation afin de solliciter des financements auprès de distributeurs de films commerciaux* »<sup>89</sup>.

En effet, l'une des spécificités des œuvres audiovisuelles, contrairement aux œuvres musicales par exemple, est qu'elles réunissent un nombre potentiellement considérable de titulaires de droits d'auteur et de droits voisins, puisqu'elles sont le fruit de la collaboration de deux principaux groupes de contributeurs, à savoir les collaborateurs créatifs, parmi lesquels figurent les auteurs ou artistes-interprètes et exécutants, et les partenaires de financement, c'est-à-dire les producteurs d'œuvres cinématographiques, les radiodiffuseurs pour leurs productions internes et les autres personnes auxquelles les producteurs sont susceptibles d'avoir transféré des droits de propriété intellectuelle<sup>90</sup>. Les œuvres audiovisuelles peuvent également inclure des œuvres préexistantes, comme par exemple lorsque le scénario d'un film est basé sur un roman existant ou lorsque l'œuvre audiovisuelle comporte une ou plusieurs œuvres musicales préexistantes. Dans ces cas, le

---

<sup>89</sup> « Du scénario à l'écran : L'importance du droit d'auteur dans la distribution cinématographique », Livret n° 6, OMPI 2011, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo\\_pub\\_950.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_950.pdf).

<sup>90</sup> T. Koskinen-Olsson, « Étude sur la négociation collective des droits et la gestion collective des droits dans le secteur de l'audiovisuel », étude réalisée par le Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP) de l'OMPI, disponible en anglais sur : [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip\\_14/cdip\\_14\\_inf\\_2.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_14/cdip_14_inf_2.pdf)



producteur doit au préalable obtenir toutes les autorisations nécessaires (documents attestant du droit d'auteur ou « chaîne de titres »).

Il n'existe aucune norme internationale, ni aucune norme harmonisée au niveau de l'Union européenne qui prévoit l'attribution légale de la paternité et de la propriété des droits des œuvres audiovisuelles. Selon les éléments d'orientations donnés aux différents pays par la Convention de Berne, les auteurs d'une œuvre audiovisuelle sont les « *auteurs qui ont contribué à la réalisation de l'œuvre* »<sup>91</sup>. En vertu de la législation de l'Union européenne<sup>92</sup>, le réalisateur principal, l'auteur du scénario, l'auteur des dialogues, ainsi que le compositeur de la musique spécialement créée pour être utilisée dans une œuvre cinématographique ou audiovisuelle, sont au minimum réputés être des auteurs ou des coauteurs de l'œuvre en question. Déterminer la paternité et la propriété initiale des œuvres audiovisuelles peut donc s'avérer être une tâche complexe, avec des solutions différentes en fonction des divers pays<sup>93</sup>. Outre les dispositions divergentes en matière de paternité et de propriété initiale d'une œuvre, l'étendue des droits détenus par les producteurs et les auteurs peut varier en fonction des lois nationales en vigueur.

Malgré les difficultés inhérentes aux divers cadres juridiques, la procédure d'acquisition des droits pour les œuvres audiovisuelles est moins complexe que pour la musique puisque les utilisateurs commerciaux d'œuvres audiovisuelles négocient généralement avec une seule partie, qui assume la responsabilité financière de l'œuvre et concentre l'intégralité des droits d'exploitation commerciale de celle-ci, c'est-à-dire le producteur. Dans la plupart des cas, les producteurs d'œuvres audiovisuelles peuvent donc décider, par exemple, de concéder des licences sur une base territoriale ou internationale. Ils peuvent ainsi optimiser les recettes de l'ensemble des titulaires de droits qui interviennent dans ce processus, comme les réalisateurs, les scénaristes et les acteurs, notamment.

### 3.1.3. L'acquisition des droits sur les œuvres audiovisuelles

#### 3.1.3.1. Le transfert des droits au producteur

Le producteur audiovisuel, en tant que personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la production de l'œuvre audiovisuelle et assume la responsabilité financière des risques encourus, doit au préalable avoir acquis l'intégralité des droits

---

<sup>91</sup> OMPI – Guide de la Convention de Berne, article 14bis5 et article 14bis, alinéa (2)(b), sur la présomption de légitimation..

[https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/615/wipo\\_pub\\_615.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/copyright/615/wipo_pub_615.pdf).

<sup>92</sup> Directive 92/100/CE relative au droit de location et de prêt et Directive 93/98/CEE relative à la durée de protection. Pour davantage de précisions sur ce point, voir le chapitre 2 de la présente publication.

<sup>93</sup> Pour une vue d'ensemble complète de la variété des solutions pour déterminer la paternité et la propriété initiale des œuvres audiovisuelles veuillez vous référer à : CISAC Study, "Remuneration right for audiovisual authors, by Xalabarder R., 2017, p. 13,

<https://www.cisac.org/CISAC-University/Library/Studies-Guides/AV-Remuneration-Study>.



d'exploitation nécessaires auprès des auteurs et des artistes-interprètes et, le cas échéant, faire l'acquisition des droits attachés à toute œuvre préexistante utilisée dans le film, par exemple un roman pour le scénario ou une musique préexistante<sup>94</sup>, avant de pouvoir octroyer une licence d'utilisation du film en question aux utilisateurs.

Le transfert des droits au producteur est convenu par les parties dans le cadre d'un contrat de production audiovisuelle généralement négocié individuellement entre le collaborateur créatif et le producteur, la principale exception étant les droits attachés aux œuvres musicales utilisées dans le film, où l'intervention d'une société de gestion collective est devenue la règle<sup>95</sup>. Dans les faits, en l'absence d'une forte capacité de négociation des auteurs et des artistes-interprètes vis-à-vis des producteurs, laquelle est renforcée par une présomption de transfert des droits au producteur dans de nombreux pays<sup>96</sup>, les pratiques contractuelles en vigueur, telles que les contrats de cession (paiement unique pour le transfert des droits) sont bien souvent la règle dans de nombreux pays européens. À défaut, les contrats peuvent être négociés collectivement entre les associations représentatives ou les corporations professionnelles, comme c'est le cas dans certains pays de *common law*<sup>97</sup>. Dans d'autres pays, certaines sociétés de gestion collective ont réussi à négocier des clauses types à inclure dans les contrats de production afin d'obtenir une rémunération supplémentaire pour les auteurs et les artistes-interprètes ou exécutants par le biais d'une gestion collective.

Il n'existe donc pas de solution classique unique et plusieurs pays ont opté pour des techniques de négociations différentes en fonction de leur histoire propre et de leurs infrastructures nationales, notamment. Quels que soient les systèmes juridiques en vigueur, les contrats de production jouent un rôle majeur dans la définition des relations de travail entre les auteurs, les artistes-interprètes ou exécutants et les producteurs et fixent les conditions du transfert des droits d'exploitation au producteur ainsi que la rémunération pour les utilisations ultérieures de l'œuvre ou de son interprétation.

---

<sup>94</sup> Dans certaines juridictions, les producteurs de films sont considérés comme des « auteurs » d'œuvres audiovisuelles ; aux Etats-Unis, par exemple, le producteur dispose du droit d'auteur sur l'œuvre audiovisuelle et est réputé en être « l'auteur unique »).

<sup>95</sup> Pour davantage de précisions sur cette affaire, voir F. Cabrera Blázquez, M. Cappello, C. Grece et S. Valais, La territorialité et son impact sur le financement des œuvres audiovisuelles, IRIS Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2015, pages 43 à 45, <https://rm.coe.int/1680783481>.

<sup>96</sup> Dans les pays qui disposent d'un statut de coauteur, les coauteurs d'œuvres audiovisuelles sont généralement présumés avoir concédé leurs droits d'exploitation au producteur, sauf si d'autres dispositions ont été convenues. Ces présomptions peuvent être réfutables (*juris tantum*), si le transfert est soumis à des dispositions contractuelles contraires, ou obligatoires, si le transfert des droits s'opère automatiquement lorsque l'auteur ou l'artiste-interprète donne son consentement à la réalisation du film. Dans certaines autres juridictions, les auteurs et les artistes-interprètes doivent spécifier dans le contrat les droits qu'ils transfèrent aux producteurs. En outre, la portée d'une cette présomption de transfert peut varier selon les législations nationales ou s'appliquer différemment à divers coauteurs.

<sup>97</sup> Dans les pays où des négociations collectives sont prévues, les parties négocient généralement les conditions minimales que chaque contrat doit respecter. Un auteur ou un artiste-interprète peut faire usage de son pouvoir de négociation pour négocier de meilleures conditions.



### 3.1.3.2. La procédure d'acquisition des droits d'utilisation d'une œuvre audiovisuelle par les utilisateurs

Après cette première procédure d'acquisition des droits, le producteur est en mesure de négocier des accords de licence avec des tiers pour la distribution et l'exploitation de l'œuvre concernée sur plusieurs formats et plateformes. Différents types d'utilisateurs peuvent être impliqués dans cette procédure, en fonction des fenêtres d'exploitation respectives convenues. Par exemple, lorsqu'il s'agit de longs métrages, la procédure d'acquisition des droits concerne généralement les salles de cinéma, les supports physiques (comme les DVD) et leurs équivalents en ligne (« ventes électroniques »), la télévision à la demande en ligne, la télévision à péage, les services par abonnement en ligne et les chaînes de télévision gratuites.

#### 3.1.3.2.1. Les spécificités de l'acquisition des droits pour la transmission en ligne de contenus numériques

Comme nous l'avons précédemment indiqué, l'accès aux droits de contenus de qualité et attrayants est le principal facteur de concurrence sur les marchés de contenus numériques. La mise à disposition des droits en ligne est déterminée par la décision des titulaires de droits de concéder une licence et par l'étendue de cette licence. Les accords de licence entre les titulaires de droits et les fournisseurs de contenus numériques recourent à des notions spécifiques pour définir avec précision le champ d'application des droits accordés. La Commission européenne a identifié un certain nombre de caractéristiques propres à l'acquisition des droits de distribution en ligne, telles que<sup>98</sup>:

- *l'étendue des licences de droits* : les droits peuvent être scindés en plusieurs éléments et concédés en partie ou en totalité à différents fournisseurs de contenus dans différents États membres. La portée des licences de droits, telle que définie dans les contrats de licence, peut varier en ce qui concerne : (i) la technologie utilisée pour distribuer les contenus et y accéder (transmission, réception et utilisation) ; (ii) la diffusion du produit et/ou la durée des licences de droits ; et (iii) l'étendue territoriale. Le groupage de droits de transmission en ligne avec des droits associés à d'autres technologies de transmission est une pratique habituelle. Par exemple, les fournisseurs de contenus numériques indiquent que les droits en ligne sont le plus souvent concédés conjointement avec des droits portant sur la transmission mobile, la transmission terrestre et la transmission satellitaire<sup>99</sup>. Les titulaires de droits peuvent ainsi protéger leurs droits exclusifs et éviter une situation dans laquelle différents fournisseurs de contenus peuvent proposer le même produit.
- *l'étendue territoriale* : Les droits en ligne des contenus de grande qualité, comme les films et les fictions télévisuelles, sont en grande partie concédés sur une base nationale ou pour le territoire d'un nombre limité d'États membres qui partagent la même langue. Selon l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, la grande

---

<sup>98</sup> Voir Commission européenne, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, COM(2017) 229 final, 10 mai 2017, page 14 et suivantes, [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final\\_report\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_fr.pdf).

<sup>99</sup> Ibid. page 14.



majorité des fournisseurs de contenus numériques (68 %) ont utilisé en 2017 des mesures de blocage géographique pour limiter l'accès à leurs services de contenus numériques en ligne et 59 % d'entre eux l'ont fait en raison de restrictions contractuelles prévues dans les contrats conclus avec des titulaires de droits. Le blocage géographique figurait le plus souvent dans les contrats portant sur des séries télévisuelles (74 %), des films (66 %) et des événements sportifs (63 %)<sup>100</sup>. L'enquête sectorielle sur le commerce électronique a également souligné un certain nombre de différences entre États membres et entre catégories de contenus dans la manière dont le blocage géographique a été mis en œuvre dans l'Union européenne<sup>101</sup>.

- *Durée des contrats de licence* : La durée des contrats varie en règle générale entre trois et cinq ans. Les relations contractuelles tendent à durer encore plus longtemps, avec une moyenne de plus de 10 ans, voire même de 20 ans, probablement du fait de clauses favorisant leur prolongation<sup>102</sup>.

#### 3.1.3.2.2. Étude de cas : la procédure d'acquisition des droits à l'égard des radiodiffuseurs

Les radiodiffuseurs ont l'obligation, comme tous les autres utilisateurs, d'acquiescer les droits attachés aux œuvres audiovisuelles, telles que les programmes télévisés, les fictions ou les documentaires, s'ils souhaitent les utiliser dans le cadre de services de radiodiffusion et de services accessoires. Ils acquiescent ces droits, soit en produisant eux-mêmes des contenus ou en passant commande pour la production de contenus en leur qualité de producteurs, soit auprès de producteurs indépendants. La procédure d'acquisition des droits par les radiodiffuseurs, en particulier pour les productions indépendantes, comporte cinq principaux aspects<sup>103</sup> :

- Les types d'utilisation ou modes d'exploitation : il s'agit de la « version » de l'œuvre du pays d'origine (version originale, doublée et/ou sous-titrée) et des droits de diffusion linéaire : télévision à péage, télévision gratuite, terrestre, satellite, câble, retransmission, reproduction. De plus, des droits de diffusion simultanée en ligne peuvent s'y ajouter pour des services « accessoires » comme la télévision de

---

<sup>100</sup> Comme nous l'avons précisé au chapitre 2 de cette publication, le Règlement 2018/302, applicable dans l'Union européenne depuis le 3 décembre 2018, interdit le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondées sur la nationalité, le lieu de résidence ou d'établissement du consommateur. Le Règlement exclut toutefois de son champ d'application les services audiovisuels qui permettent l'accès à des contenus protégés par le droit d'auteur, comme les films, les séries ou d'autres contenus, ainsi que la diffusion d'événements sportifs.

<sup>101</sup> Ibid. page 15.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Voir la présentation de Jan Bernd Nordemann, professeur honoraire à l'Université Humboldt de Berlin et partenaire du cabinet d'avocats Boehmert & Boehmert, à l'occasion de l'atelier « *Online (re)transmission of TV programmes* », organisé par l'Observatoire européen de l'audiovisuel à Bruxelles le 21 juin 2017, disponible en anglais sur : <https://rm.coe.int/168078332c>.



rattrapage<sup>104</sup>. Les droits d'utilisation à la demande comprennent le droit de « mise à disposition du public » (gratuite, payante à l'acte, chaîne à péage, bouquet de chaînes à péage, abonnement pour une diffusion en continu ou en téléchargement) et le droit de reproduction. L'acquisition des droits à la demande, même pour un simple « rattrapage », devient un défi de taille pour le secteur, dans la mesure où ces droits vont manifestement devenir tout aussi importants que les droits linéaires, à l'exception des droits « de retransmission en direct » pour les événements sportifs. Plus les radiodiffuseurs feront l'acquisition de droits à la demande étendus, plus ils seront en mesure de concurrencer les services à la demande non linéaires.

- La durée de la licence est en règle générale de trois à dix ans, mais une licence d'une durée limitée peut être accordée pour les services accessoires de rattrapage, par exemple pendant sept jours après la diffusion linéaire.
- Le volume d'utilisation : le nombre d'émissions linéaires peut, par exemple, être plafonné pendant la période de validité de la licence.
- L'exclusivité ou la non-exclusivité d'une licence revêt une importance particulière ; en effet, les droits de diffusion linéaire sont généralement exclusifs, tandis que les droits relatifs à des contenus télévisuels de rattrapage ou à la demande ont souvent tendance à être accordés sur une base de non exclusivité, puisqu'ils peuvent également être accordés à d'autres services à la demande.
- L'étendue territoriale de la licence. Dans le secteur audiovisuel, les droits sont généralement concédés sous licence nationale dans le pays d'origine du radiodiffuseur, tandis que les licences multiterritoriales sont principalement accordées à des groupes de pays qui partagent la même langue. En matière de radiodiffusion par satellite, c'est le principe du pays d'origine qui s'applique, conformément à la Directive Satellite-Câble<sup>105</sup>.

### 3.1.4. Le rôle de la gestion collective dans le secteur audiovisuel

Contrairement au secteur de la musique, dans lequel l'essentiel des droits est géré de manière collective, la gestion collective des droits dans le secteur audiovisuel ne fait l'objet d'aucune harmonisation. Dans le domaine de l'audiovisuel, le transfert des droits des auteurs et des artistes interprètes aux producteurs s'effectue dans les faits très largement sur la base de la liberté contractuelle et de négociations individuelles. La gestion collective des droits était habituellement utilisée pour la gestion des exploitations accessoires, comme la retransmission par câble, la location à des fins éducatives ou la copie à usage

---

<sup>104</sup> Les modalités d'acquisition des droits pour les radiodiffuseurs diffèrent au sein de l'Union européenne en fonction des droits d'utilisation à la demande. Certains radiodiffuseurs tentent d'acquiescer au minimum les droits pour des utilisations accessoires telles que le rattrapage, par exemple pour une période de sept jours à compter de la diffusion linéaire, mais ne les obtiennent pas systématiquement, tandis que d'autres cherchent à faire l'acquisition de droits d'utilisation à la demande moins restrictifs.

<sup>105</sup> Pour davantage de précisions, voir le chapitre 2 de la présente publication.



privé, notamment, avant d'être également étendue à la radiodiffusion dans de nombreux pays, afin de faciliter les procédures d'acquisition de licences. Les systèmes de licences collectives volontaires pourraient toutefois jouer un rôle plus important à l'avenir, compte tenu de l'importance croissante de l'exploitation en ligne et à la demande des œuvres audiovisuelles.

#### 3.1.4.1. Le cadre législatif de la gestion collective

Sous réserve des dispositions de la législation nationale, les titulaires de droits sur une œuvre audiovisuelle, y compris les collaborateurs créatifs (auteurs et interprètes ou exécutants) et les partenaires financiers (producteurs et radiodiffuseurs pour leurs productions propres), peuvent s'affilier à diverses sociétés de gestion collective pour défendre collectivement leurs intérêts. Le modèle, le rôle et les attributions des sociétés de gestion collective du secteur de l'audiovisuel peuvent considérablement varier d'une juridiction et d'un pays à l'autre. Leur étendue en matière de représentation des titulaires de droits et des droits applicables diffère et reflète, dans une large mesure, la spécificité historique, économique, sociale et culturelle du pays.

Les principaux groupements de sociétés de gestion collective du secteur de l'audiovisuel comprennent : des sociétés de gestion collective pour les auteurs de contenus audiovisuels, comme les scénaristes et les réalisateurs ; des sociétés de gestion collective pour les artistes-interprètes ou exécutants, comme les acteurs ; des sociétés de gestion collective pour les producteurs de films ; et, des sociétés de gestion collective qui représentent en commun différentes catégories de titulaires de droits audiovisuels ou de types d'œuvres. Ils peuvent ainsi intervenir pour autoriser différents types d'utilisations, à savoir une exploitation primaire, comme le cinéma et la télévision, ou uniquement secondaire ou tertiaire après une exploitation primaire ; ces droits sont parfois qualifiés de *droits secondaires ou de droits tertiaires*<sup>106</sup>. L'éventail des droits gérés collectivement pour le compte des titulaires de droits varie lui aussi considérablement d'un pays à l'autre. Il peut en effet s'agir de droits exclusifs ou de droits de rémunération, incessibles ou non, inaliénables ou non, soumis à une gestion collective obligatoire ou volontaire<sup>107</sup>.

Le tableau 1 ci-dessous illustre cette variété d'approches, à travers la description des différents droits gérés collectivement en Europe sur une base volontaire ou obligatoire.

---

<sup>106</sup> La distinction entre droits primaires et droits secondaires ou tertiaires tend à s'estomper dans le paysage médiatique actuel.

<sup>107</sup> Outre la gestion des droits d'exploitation et de rémunération, les sociétés de gestion collective peuvent représenter des auteurs et des artistes-interprètes ou exécutants dans l'exercice de leurs droits moraux sur l'œuvre audiovisuelle ou son exécution.

**Tableau 1. Description des droits administrés par les sociétés de gestion collective du secteur audiovisuel en Europe (sur une base volontaire ou obligatoire)**

<b>Droit</b>	<b>Description</b>
<b>Droit de retransmission par câble</b>	Ce droit est administré de manière collective dans toute l'Europe en application de la Directive Satellite-Câble de 1993.
<b>Copie à usage privé</b>	Des régimes applicables à la copie à usage privé sont en vigueur dans la plupart des États membres de l'Union européenne.
<b>Droit de radiodiffusion</b>	Que ce soit en vertu de la législation ou au titre d'un accord conclu, les droits de radiodiffusion sont administrés collectivement par une majorité de sociétés de gestion collective qui représentent les auteurs de contenus audiovisuels dans l'Union européenne. Ces droits génèrent des recettes particulièrement considérables pour les auteurs de contenus audiovisuels.
<b>Droit de location</b>	Ce droit est soumis au droit irrévocable à une rémunération équitable au sens de la Directive de 1992 relative au droit de location et de prêt ; il est administré sur une base volontaire par certaines sociétés de gestion collective au sein de l'Union européenne.
<b>Droits en ligne/à la demande</b>	Les droits en ligne/à la demande englobent aussi bien la transmission en ligne de contenus radiodiffusés que les nouveaux services en ligne. Le traitement de ces droits permet aux sociétés de gestion collective d'adapter leurs accords avec les radiodiffuseurs afin d'y inclure l'utilisation en ligne de programmes. Cependant, les accords conclus avec les professionnels d'internet restent rares et les sommes collectées en faveur des auteurs de contenus audiovisuels pour ce groupe de droits est actuellement très faible.
<b>Autres utilisations accessoires</b>	Par exemple, les droits d'exécution publique (diffusion dans les hôtels et les bars, notamment), les droits de location, les utilisations à des fins éducatives et les utilisations d'archives sont gérés collectivement par un certain nombre de sociétés de gestion collective de contenus audiovisuels au sein de l'Union européenne.
<b>Exploitation dans les salles de cinéma</b>	L'exploitation dans les salles de cinéma n'est administrée de manière collective qu'en Espagne et en Pologne pour les auteurs de contenus audiovisuels.



### 3.1.4.2. Le système de gestion collective des droits

Dès qu'un auteur affilié à une société de gestion a achevé une œuvre, tout un système se met en place pour assurer la gestion des droits relatifs à cette œuvre. Ce système, mis en œuvre par la société de gestion collective, se poursuit jusqu'à l'expiration des droits de l'auteur sur l'œuvre en question. Ce système vise à permettre pour l'essentiel à garantir à l'auteur de percevoir une juste contrepartie pour l'utilisation de son œuvre. Ce processus implique quatre étapes principales :

- L'enregistrement de l'œuvre et la documentation : L'auteur signe un contrat d'affiliation ou une licence non exclusive avec la société de gestion collective. Dans de nombreux pays, les titulaires de droits transfèrent leurs droits à leur société de gestion collective locale, tandis que dans d'autres pays, ils se contentent de lui octroyer une licence non exclusive. Après l'enregistrement, la société de gestion collective recherche et répertorie les éléments d'information sur l'œuvre (étape de documentation) qui seront indispensables pour lui permettre d'organiser et de répartir avec précision les sommes collectées. Toutes les sociétés de gestion collective disposent d'une base de données exhaustive sur leurs membres et sur le répertoire artistique qu'elles représentent.
- L'octroi de licences : La société de gestion collective est le représentant autorisé de l'auteur et, en tant que tel, elle a pour tâche d'autoriser l'utilisation de son œuvre. Tout utilisateur qui respecte les conditions fixées par la société de gestion collective se verra octroyer une licence l'autorisant à utiliser une œuvre spécifique ou l'ensemble du répertoire que la société représente. La principale condition pour cette utilisation sera le paiement d'une redevance, dont le montant est généralement fixé dans le cadre de négociations entre la société de gestion collective et l'utilisateur ou sur la base d'un tarif forfaitaire établi par la société de gestion collective. Dans certains cas, ce tarif est fixé par la loi ou un tribunal du droit d'auteur<sup>108</sup>.
- La perception et la répartition des redevances : Dès lors qu'une société de gestion collective a accordé une licence pour l'utilisation d'une œuvre, l'étape suivante consiste à collecter la redevance que l'utilisateur a accepté de payer, ainsi que les informations relatives à l'utilisation effective de l'œuvre en question par cet utilisateur. Une fois ces sommes collectées, la société de gestion collective est chargée de les répartir entre ses membres ou avec les membres d'autres sociétés de gestion collective en s'assurant que chaque auteur perçoive effectivement la part de cette redevance qui lui revient. Les frais visant à couvrir les coûts administratifs liés à la collecte et à la répartition de cette redevance sont généralement déduits du montant des redevances de droits d'auteur<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> L'étendue du mandat de représentation donné par les auteurs à leurs sociétés de gestion collective permet à ces dernières d'octroyer un large éventail de licences, pour différents types d'utilisations, à divers types d'utilisateurs. L'une des spécificités des œuvres audiovisuelles tient au fait que les droits d'exploitation sont généralement centralisés entre les mains du producteur afin de faciliter l'exploitation ultérieure de l'œuvre.

<sup>109</sup> La plupart des sociétés de gestion collective gèrent des millions d'œuvres et les informations relatives à des millions d'utilisations. De nombreuses œuvres ont plusieurs auteurs et, pour chacun, les droits peuvent



### 3.1.4.3. Gestion collective et territorialité

Conformément au principe du traitement national consacré par la Convention de Berne, les auteurs étrangers jouissent, dans tout territoire, des mêmes droits que les auteurs nationaux. Par conséquent, sur son territoire, toute société de gestion collective appliquera la législation nationale relative au droit d'auteur aussi bien aux créateurs nationaux qu'aux créateurs étrangers. La Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs (CISAC)<sup>110</sup> coordonne un réseau mondial de sociétés de gestion collective qui veillent au respect de ce principe en vertu d'accords de représentation réciproque. Ces accords leur permettent de gérer les répertoires étrangers dans leurs territoires respectifs, d'échanger des informations et de verser aux titulaires de droits étrangers les sommes collectées qui leur sont dues.

Dans la pratique, l'utilisation mondiale des œuvres audiovisuelles suppose l'échange d'énormes quantités de données sur les œuvres et leurs utilisations à l'échelle internationale. Par exemple, quand un film japonais est diffusé au Chili, la société de gestion collective japonaise qui représente les auteurs japonais de cette œuvre doit recevoir les informations relatives à son utilisation par la société de gestion collective chilienne. Une grande partie du travail de la CISAC consiste à améliorer cet échange d'informations au moyen de son réseau international de sociétés membres et en établissant un certain nombre de normes et de règles opérationnelles. Cela englobe la définition et la gestion de paramètres permettant d'identifier de manière précise et exclusive les créations et leurs créateurs.

## 3.2. Le principe du pays d'origine en matière de financement des œuvres audiovisuelles

Différents types de mesures ont été mises en place au niveau des États membres de l'Union européenne afin de promouvoir et de financer les œuvres audiovisuelles européennes. Il s'agit généralement d'une combinaison de fonds du secteur privé, d'un financement public constitué de taxes et prélèvements sur divers acteurs du secteur audiovisuel et, en complément du soutien de l'État, d'obligations en matière d'investissement imposées aux fournisseurs de services de télévision et de vidéo à la demande. Comme nous l'avons précisé au chapitre 2, l'article 13(2) de la version révisée de la Directive SMAV a ouvert une première brèche dans le principe de territorialité en permettant aux États membres qui ont mis en place dans leur législation une obligation qui impose aux fournisseurs de services de médias de contribuer financièrement à la production cinématographique européenne, « notamment par l'investissement direct dans des contenus et par la contribution à des fonds nationaux », d'exiger désormais également que les fournisseurs de services de médias

---

revenir à plusieurs ayants droit. Les droits d'auteurs sont souvent détenus par différentes parties, et combinaisons de parties, dans différents territoires et pour différentes utilisations. Néanmoins, même avec les bases de données actuelles et la puissance des systèmes informatiques modernes, répartir les droits d'auteur avec précision est un travail de titan.

<sup>110</sup> <https://www.cisac.org/>.



qui ciblent des publics sur leur territoire mais sont établis dans d'autres États membres soient également soumis à ces contributions financières [...].

Dans les faits, seules l'Allemagne, la France et la Communauté flamande de Belgique ont jusqu'à présent imposé une taxe sur les services de VOD applicable également aux services de VOD étrangers qui ciblent leurs citoyens nationaux respectifs. Toutefois, dans la Communauté flamande de Belgique, ce prélèvement n'est pas obligatoire, mais facultatif, ce qui signifie que les services de VOD peuvent librement choisir entre un investissement financier (contribution directe) ou s'acquitter d'une taxe auprès du Fonds cinématographique/audiovisuel compétent.

### 3.2.1. La « taxe cinématographique » allemande en faveur du Centre national de la cinématographie

Le *Filmförderungsanstalt* (Centre national de la cinématographie – FFA)<sup>111</sup> a pour mission de soutenir la structure de l'industrie cinématographique allemande et la qualité créative et artistique du cinéma allemand. Il est financé principalement par le prélèvement d'une taxe cinématographique différenciée selon les diverses catégories de contributeurs. Outre les fournisseurs de services audiovisuels linéaires, comme les radiodiffuseurs publics et commerciaux, les distributeurs de programmes, les cinémas et les fournisseurs de vidéos, l'article 153 de la *Filmförderungsgesetz* (loi allemande d'aide à la production cinématographique – FFG)<sup>112</sup> impose aux fournisseurs de VOD (titulaires de licences) qui distribuent des longs métrages réalisés à des fins commerciales de s'acquitter d'une taxe cinématographique, dont le montant s'élève à 1,8 % pour un chiffre d'affaires annuel inférieur à 20 millions EUR et à 2,5 % lorsque le chiffre d'affaires est supérieur à 20 millions EUR, dès lors que leur chiffre d'affaires en Allemagne dépasse 500 000 EUR<sup>113</sup>.

Cette taxe s'applique non seulement aux fournisseurs de services de VOD basés ou établis en Allemagne, mais également aux fournisseurs de services de VOD qui ciblent le public allemand avec des offres en langue allemande. Ces services sont tenus de contribuer au Fonds sur la base de leurs recettes réalisées en Allemagne. Cette obligation ne s'applique pas si ces recettes sont soumises à une obligation financière comparable dans le pays d'établissement du service. Le FFA est l'autorité chargée de collecter et de contrôler le montant dû au titre de cette taxe.

---

<sup>111</sup> Le *Filmförderungsanstalt* (Centre national de la cinématographie) est l'institution nationale allemande de financement du cinéma dont la mission est de soutenir l'ensemble des intérêts du secteur cinématographique allemand. Outre ses fonctions d'organisme de financement, le FFA est la structure de service centrale de l'industrie cinématographique allemande. Son budget est financé par la « taxe cinématographique », prélevée notamment auprès des exploitants de salles de cinéma et du secteur de la vidéo et de la télévision.

<sup>112</sup> *Filmförderungsgesetz* (loi allemande d'aide à la production cinématographique) :

<https://www.ffa.de/download.php?f=a8aa7d2a4a9f9c74f714bc64b7d7e218&target=0>.

<sup>113</sup> Voir également, *Mapping of national rules for the promotion of European works in Europe* (Cartographie des règles nationales pour la promotion des œuvres européennes en Europe), Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2019, disponible en anglais sur : <https://rm.coe.int/european-works-mapping/16809333a5>.



Dans une décision du 1<sup>er</sup> septembre 2016, la Commission européenne a confirmé la compatibilité de cette extension extraterritoriale de la redevance pour les services de VOD établis en dehors de l'Allemagne avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et a déclaré que cette mesure n'enfreignait pas la Directive 2010/13/UE Services de médias audiovisuels (Directive SMAV)<sup>114</sup>. Suite à cette décision, Netflix a formé un recours devant le Tribunal de l'Union européenne, en contestant ces dispositions et en affirmant que la FFG portait atteinte à la libre circulation des services, à la liberté d'établissement et aux dispositions de l'Union européenne en matière d'aides d'État et de fiscalité. Dans un arrêt du 16 mai 2018 (affaire T818 / 16), le Tribunal a déclaré irrecevable la demande d'annulation de la décision de la Commission européenne de 2016 relative aux dispositions applicables aux fournisseurs étrangers<sup>115</sup>.

### 3.2.2. La « taxe vidéo » applicable en France

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, une taxe de 2 % sur le chiffre d'affaires annuel<sup>116</sup> (majorée à 10 % lorsqu'il s'agit de contenus à caractère pornographiques ou violents) est due pour la mise à disposition auprès du public français de services lui permettant d'accéder à des œuvres cinématographiques ou audiovisuelles à la demande au moyen d'un processus de communication électronique.

L'origine de cette taxe remonte à 1993 pour les vidéos physiques (VHS/DVD) ; en 2004, elle a été élargie aux sites français payants de vidéo à la demande (VOD) et, en 2013, le Parlement français a étendu cette taxe aux plateformes de vidéos payantes établies à l'étranger en l'adossant sur leur chiffre d'affaires réalisé en France grâce à leurs abonnés. En 2016, une nouvelle extension a été votée par le Parlement pour toutes les plateformes composées majoritairement de vidéos gratuites, qu'elles soient établies en France ou à l'étranger. Elle porte dans ce cas sur les revenus publicitaires de ces plateformes. Ces deux dernières extensions ont été soumises à la Commission européenne pour examen et approbation. Par le vote de la loi de finances rectificative du 29 décembre 2016, les parlementaires français avaient intégré dans l'assiette de la taxe sur les ventes et location de vidéogrammes (taxe vidéo et VOD), les recettes publicitaires des sites mettant à disposition des vidéos gratuites ou payantes sur internet, au bénéfice du *Centre national du*

---

<sup>114</sup> Comme nous l'avons précisé au chapitre 2 de la présente publication, l'article 13(2) la Directive SMAV révisée a par la suite confirmé cette possibilité.

<sup>115</sup> Affaire T-818/16, Netflix International BV c. Commission européenne, Arrêt du Tribunal (huitième chambre), rendu le 16 mai 2018, <http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=19413>. Voir le détail de l'arrêt du Tribunal dans le chapitre 5 de la présente publication.

<sup>116</sup> Plus précisément, Pour les services de médias audiovisuels à la demande, l'assiette de la taxe est le prix acquitté en contrepartie de l'accès à des œuvres cinématographiques et audiovisuelles. Ne sont pas comprises dans l'assiette de la taxe les sommes versées par les annonceurs et les parrains, pour la diffusion de leurs messages publicitaires et de parrainage sur les services de télévision de rattrapage, qui sont déjà soumises à une autre taxe. Pour les services gratuits, l'assiette de la taxe est le montant hors TVA des sommes versées par les annonceurs et les parrains, pour la diffusion de leurs messages publicitaires et de parrainage sur les services visés, aux redevables concernés ou aux régisseurs de messages publicitaires et de parrainage. Ces sommes font l'objet d'un abattement forfaitaire de 4 %, porté à 66 % pour les services donnant ou permettant l'accès à des contenus audiovisuels créés par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échanges au sein de « communautés d'intérêt ».



cinéma et de l'image animée (CNC) (nouvel article 1609 sexdecies B du Code général des impôts).

La taxe est due aussi bien par les éditeurs de services de médias audiovisuels à la demande, comme Netflix, que par les plateformes communautaires, par exemple YouTube, qui permettent l'accès à des contenus audiovisuels. Elle s'applique ainsi à tout fournisseur de contenu audiovisuel à la demande, qu'il soit établi ou non sur le territoire français (article 1069eB du code des impôts). Par conséquent, cette taxe est due par tout opérateur, quel que soit son lieu d'établissement, qui propose en France un service donnant ou permettant l'accès, payant ou gratuit, à des œuvres cinématographiques ou audiovisuelles ou autres contenus audiovisuels.

Pour les services de médias audiovisuels à la demande, l'assiette de la taxe est le prix acquitté en contrepartie de l'accès à des œuvres cinématographiques et audiovisuelles. Ne sont pas comprises dans l'assiette de la taxe les sommes versées par les annonceurs et les parrains, pour la diffusion de leurs messages publicitaires et de parrainage sur les services de télévision de rattrapage, qui sont déjà soumises à une autre taxe. Pour les services gratuits, elle repose sur le montant des sommes (hors TVA) acquittées par les annonceurs et les parrains pour la diffusion de leurs messages publicitaires et de parrainage sur les services en question aux contribuables concernés ou aux régisseurs de messages publicitaires et de parrainage. Un abattement de 66 %, ou de 100 000 EUR, s'applique aux services gratuits<sup>117</sup>. Cette taxe est due dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que celles applicables à la TVA. Le produit de la taxe est affecté au CNC pour financer les aides à la création de nouvelles œuvres<sup>118</sup>.

Selon le CNC, les taxes dites « YouTube » et « Netflix » mises en place en 2018 ont permis de lever 9,5 millions EUR, dont près de 8 millions EUR au titre de la taxe sur les seules plateformes payantes. Le montant reste faible comparé aux quelque 300 millions EUR au titre de la taxe payés par les chaînes de télévision, mais il devrait augmenter avec la montée de la SVOD, l'arrivée escomptée de nouveaux acteurs et la possibilité que cette taxe soit majorée dans le cadre de la nouvelle loi relative à l'audiovisuel en préparation<sup>119</sup>.

Il convient également de noter que, selon les récentes annonces du ministre français de la Culture, le prochain projet de loi relative aux services audiovisuels comportera des obligations d'investissement en faveur de la production d'œuvres françaises et européennes sur les plateformes de VOD (à partir de 16 % de leur chiffre d'affaires en France)<sup>120</sup>. Il sera sans doute très intéressant d'observer le libellé exact de ces obligations du point de vue du principe de territorialité et de leur mise en œuvre pour les opérateurs dont le siège social est établi dans d'autres États membres.

---

<sup>117</sup> Des exemptions sont prévues pour les services dont le contenu audiovisuel est secondaire, ainsi que pour les services principalement consacrés à l'information et les services dont l'objectif premier consiste à fournir des informations sur des œuvres cinématographiques et audiovisuelles et leur distribution au public et à les promouvoir, notamment au moyen de d'extraits ou de bandes annonces.

<sup>118</sup> Voir également, *Mapping of national rules for the promotion of European works in Europe* (Cartographie des règles nationales pour la promotion des œuvres européennes en Europe), *op. cit.*

<sup>119</sup> <https://www.lesechos.fr/tech-medias/medias/video-a-la-demande-netflix-et-consorts-ont-double-leur-chiffre-daffaires-en-france-en-2018-1017036>.

<sup>120</sup> Ibid.



### 3.2.3. La Communauté flamande de Belgique

En Flandre, en vertu d'un décret pris le 29 juin 2018<sup>121</sup> par le Gouvernement flamand, une disposition visant à imposer aux organisations de radiodiffusion télévisuelle non linéaire de contribuer sur une base annuelle à la production d'œuvres audiovisuelles flamandes a été insérée à l'article 157, alinéa 2, du Décret flamand relatif aux médias.

Ce « régime d'incitation » (*stimulationingsregeling*) s'applique aussi bien aux chaînes de télévision non linéaires établies dans la Communauté flamande qu'aux chaînes de télévision non linéaires établies dans un autre État membre de l'Union européenne qui proposent des services de télévision non linéaire destinés à la Communauté flamande. Un radiodiffuseur télévisuel privé non linéaire dispose de deux options pour satisfaire à son obligation : soit par une participation financière à la production ou à la coproduction d'œuvres audiovisuelles flamandes, soit par une contribution financière équivalente acquittée au Fonds audiovisuel flamand (*Vlaams Audiovisueel Fonds – VAF*). Cette dernière contribution est consacrée par le VAF à des coproductions flamandes, indépendantes et de qualité, réalisées sous forme de séries. L'alinéa 3 impose aux radiodiffuseurs non linéaires de rendre compte au régulateur flamand des médias, chaque année avant le 31 mars, de la manière dont cette obligation a été respectée. Cette information sera par ailleurs rendue publique par le régulateur flamand des médias.

Le 1<sup>er</sup> février 2019, le Gouvernement flamand a adopté une décision qui donne davantage de détails sur l'obligation faite aux radiodiffuseurs non linéaires de contribuer à la production d'œuvres audiovisuelles flamandes<sup>122</sup>. La décision précise tout d'abord que cette obligation ne s'applique pas aux radiodiffuseurs télévisuels non linéaires dont le chiffre d'affaires annuel, spécifié à l'article 4 de la décision, est inférieur à 500 000 EUR. D'autres dérogations pourraient par ailleurs s'appliquer aux radiodiffuseurs télévisuels et aux fournisseurs de services qui sont déjà soumis à d'autres régimes d'incitation au titre des articles 154, 155, 156 et 184/1 du décret flamand relatif aux médias.

Chaque année (X), toute organisation de radiodiffusion télévisuelle non linéaire est tenue de communiquer, par lettre recommandée avant le 15 février, au VAF, au régulateur flamand des médias et au Gouvernement flamand la forme de participation retenue, à savoir une participation à la production ou à la coproduction ou une contribution au VAF, et son montant, lequel doit être équivalent à 2 % du chiffre d'affaires réalisé deux ans auparavant (X-2) et, le cas échéant, le radiodiffuseur doit fournir au régulateur flamand des médias les éléments concrets permettant de démontrer qu'il ne relève pas du champ d'application de la décision (selon les données de X-2). Si le radiodiffuseur omet de procéder à cette

---

<sup>121</sup> *Decreet van 29 juni 2018 houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie* (Décret du 29 juin 2018 portant modification de plusieurs dispositions du Décret du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion radiophonique et télévisuelle), <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/decreet/2018/06/29/2018040490/staatsblad>.

<sup>122</sup> *Besluit van de Vlaamse Regering betreffende de deelname van de particuliere niet-lineaire televisieomroeporganisaties aan de productie van Vlaamse audiovisuele werken* (Décision du Gouvernement flamand au sujet de la participation des organisations de radiodiffusion télévisuelle non linéaire privées à la production d'œuvres audiovisuelles flamandes), <http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/pdf/Mbbs/2019/03/18/140890.pdf>.



notification, il sera réputé avoir opté pour la contribution forfaitaire au VAF, qui s'élève à 3 millions EUR par an.

Dès lors qu'un radiodiffuseur choisit de participer financièrement à des projets de coproduction originaux, il a l'obligation de soumettre ces projets au régulateur flamand des médias, qui en évaluera la recevabilité sur la base d'un certain nombre d'exigences énoncées à l'article 7 de la décision, comme le fait d'être une série d'animation, une série documentaire ou une série de fiction, et décidera de les autoriser ou non.

Si un radiodiffuseur opte pour une contribution financière au VAF, il est alors tenu de verser la somme en question au plus tard le 30 avril de l'année en question. L'alinéa 3 de l'article 17 de la décision permet aux organisations de radiodiffusion non linéaires d'obtenir un certain nombre de droits sur les productions réalisées avec le soutien financier du VAF, moyennant le versement d'une contribution financière supplémentaire<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> Pour davantage de précisions, voir E. Lievens, « Application d'une « taxe Netflix » en Flandre visant à imposer aux radiodiffuseurs non linéaires de contribuer à la production d'œuvres audiovisuelles flamandes », IRIS Newsletter, Observatoire européen de l'audiovisuel, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2019/9/article6.fr.html>.





## 4. Le point de vue des professionnels du secteur

En résumé, l'industrie audiovisuelle européenne s'inquiète de plus en plus de l'évolution du principe de territorialité dans la législation européenne relative au droit d'auteur et a fait part de ses préoccupations à plusieurs reprises de manière presque univoque.

Certaines de ces préoccupations figurent dans une lettre de la Coalition du secteur de l'audiovisuel (ci-après « la Coalition »<sup>124</sup>) consacrée à la proposition de règlement de la Commission européenne sur le blocage géographique<sup>125</sup>. La Coalition estime que le secteur audiovisuel européen repose très largement sur la liberté de convenir de licences et de contrats sur une base territoriale afin de mobiliser des fonds auprès de partenaires de production et de distribution dans plusieurs pays pour la création, la production et la distribution de nouveaux contenus. Pour la Coalition, l'exclusivité territoriale permet non seulement d'investir davantage dans l'élaboration et la création de nouvelles œuvres, mais également d'adapter l'offre de films et de contenus audiovisuels aux différents publics européens, en créant des marchés locaux pour les contenus non nationaux et en favorisant la diversité culturelle et linguistique, ce qui a pour effet d'offrir aux divers publics européens un plus grand choix de contenus. Pour ce qui est de l'objectif de promotion de la diversité culturelle, la Coalition a notamment rappelé dans sa lettre les éléments suivants :

- Le Parlement européen a adopté à plusieurs reprises et à une majorité écrasante des résolutions qui reconnaissent les spécificités du secteur audiovisuel en Europe et l'importance de la territorialité et de la liberté contractuelle pour le financement et la distribution de contenus audiovisuels et pour la diversité culturelle.
- La liberté contractuelle continue de jouer un rôle crucial dans la capacité du secteur audiovisuel à obtenir le financement de nouveaux contenus audiovisuels et constitue un catalyseur essentiel de la diversité culturelle.

En outre, dans les conclusions qu'elle a remises à l'occasion de la consultation publique sur le rapport préliminaire de la Commission européenne sur l'enquête sectorielle relative au commerce électronique<sup>126</sup>, la Coalition de l'audiovisuel a vivement encouragé la

---

<sup>124</sup> La Coalition du secteur de l'audiovisuel regroupe des organisations qui œuvrent dans le secteur audiovisuel en Europe et représentent les réalisateurs de cinéma et de contenus télévisuels, les radiodiffuseurs commerciaux, les titulaires de droits sur des événements sportifs, les éditeurs, les distributeurs, les producteurs d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles et les exploitants de salles de cinéma.

<sup>125</sup> Lettre de la Coalition du secteur de l'audiovisuel sur la proposition de Règlement de la Commission européenne sur le blocage géographique, 29 novembre 2019, [https://99ff6266-dd25-42d5-a566-c2ad860fe46d.filesusr.com/ugd/7bf01a\\_fb8851dfc1734feaa8f2b9ee64e525a2.pdf](https://99ff6266-dd25-42d5-a566-c2ad860fe46d.filesusr.com/ugd/7bf01a_fb8851dfc1734feaa8f2b9ee64e525a2.pdf).

<sup>126</sup> Conclusions de la Coalition du secteur de l'audiovisuel au sujet de la consultation publique sur le rapport préliminaire de la Commission européenne sur l'enquête sectorielle relative au commerce électronique, 18 novembre 2016, [https://99ff6266-dd25-42d5-a566-c2ad860fe46d.filesusr.com/ugd/7bf01a\\_1c36b0039edb425dabfbfad5c9a68faa.pdf](https://99ff6266-dd25-42d5-a566-c2ad860fe46d.filesusr.com/ugd/7bf01a_1c36b0039edb425dabfbfad5c9a68faa.pdf).



Commission européenne à reconnaître le rôle du droit d'auteur en tant que droit fondamental et à tenir compte des éléments présentés par un certain nombre d'études, qui démontrent que la liberté commerciale d'organiser le financement et la distribution ultérieure de chaque film et programme télévisé sur une base territoriale, y compris de manière exclusive, est indispensable pour maintenir la capacité du secteur à financer des contenus cinématographiques et télévisuels en Europe. La Coalition a rappelé que la plupart des films et des contenus télévisuels en Europe sont généralement en partie financés dans le cadre d'accords de coproduction et/ou de préventes territoriales conclus avec un large éventail de futurs partenaires de distribution locaux, sous forme de contrats de production de plusieurs films ou contenus télévisuels ou d'un seul film ou contenu. Le coût global d'acquisition des droits de distribution pour un territoire donné est amorti grâce aux différents canaux de distribution (cinéma, supports physiques, en ligne, diverses formes de télévision). Les droits de distribution pour un territoire sont bien souvent acquis par une seule et même société, qui amortit son investissement sur les divers canaux de distribution. Il est donc important de conserver la possibilité de conclure des accords d'exclusivité territoriale de la même manière pour les différents canaux de distribution ; l'obligation d'appliquer des conditions distinctes à des formes et/ou des droits de distribution différents aurait en effet des conséquences négatives sur la valeur des droits et les futures possibilités de rentabilisation. En outre, les coûts essentiels de l'élaboration, de la production, de la commercialisation et de la distribution des films et des contenus télévisuels sont particulièrement élevés et les investissements que nécessitent leur élaboration, leur production et leur distribution présentent des risques. La Coalition mentionne un certain nombre d'études qui confirment que l'octroi d'une licence exclusive pour un territoire donné est essentiel pour réunir les premiers investissements lourds indispensables au financement des films et des productions audiovisuelles. S'agissant des contrats de licence exclusive, la Coalition les a jugés parfaitement compatibles avec l'exercice légitime de droits exclusifs protégés non seulement par le droit de l'Union européenne, mais également par les traités internationaux auxquels l'Union européenne et ses États membres sont parties. La valeur estimée des droits exclusifs sur un territoire donné des diverses œuvres servirait de base de calcul pour les producteurs lors du financement d'œuvres cinématographiques et télévisuelles et permettrait aux futurs distributeurs de ces mêmes œuvres d'amortir leurs investissements en créant un marché pour ces œuvres sur divers canaux de distribution adaptés à chaque territoire donné en fonction des spécificités culturelles et linguistiques, du climat social, des goûts et de l'air du temps sur le plan culturel<sup>127</sup>.

Pour ce qui est des questions de portabilité, la Coalition s'est montrée favorable<sup>128</sup> à l'adoption de mesures équilibrées visant à fournir aux consommateurs un accès temporaire aux services en ligne de films et de contenus télévisuels auxquels ils sont légalement abonnés lorsqu'ils quittent leur lieu de résidence habituel pour voyager au sein de l'Union européenne, tout en évitant le risque de rendre obligatoire l'acceptation de licences paneuropéennes, soit par inadvertance ou délibérément. Elle met uniquement en

---

<sup>127</sup> Voir Déclaration de Cannes des European Film Agency Directors (EFADs), Preserving territoriality to improve the circulation of European films and access to European culture, 22 mai 2017, <http://www.efads.eu/wp-content/uploads/EFADs-Cannes-Declaration.pdf>.

<sup>128</sup> Voir *Making portability work: key principles for the film and audiovisual sector*, 18 janvier 2016, [https://99ff6266-dd25-42d5-a566-c2ad860fe46d.filesusr.com/ugd/7bf01a\\_cd1d7aa5af084306999f1abc6c4b0b67.pdf](https://99ff6266-dd25-42d5-a566-c2ad860fe46d.filesusr.com/ugd/7bf01a_cd1d7aa5af084306999f1abc6c4b0b67.pdf).



garde contre les mesures qui porteraient atteinte au système économique et juridique de financement et de distribution des œuvres et des contenus audiovisuels en Europe au profit des consommateurs, c'est-à-dire la capacité de conclure des contrats de licences exclusives pour un territoire donné. Afin de préserver cette capacité d'appliquer une exclusivité territoriale, la Coalition a énoncé un certain nombre de garanties et de principes :

- imposer l'obligation d'assurer une authentification efficace et rigoureuse pour les services de contenus en ligne concernés ;
- faire le choix d'une définition étroite de la « présence temporaire » ;
- définir le mandat du fournisseur de services ;
- autoriser une période de transition raisonnable ;
- prévoir le respect du triple critère afin d'assurer une conformité avec le droit international.

Comme nous l'avons indiqué au chapitre 2 de la présente publication, la proposition initiale de règlement de la Commission établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio s'est heurtée à une vive résistance du secteur audiovisuel. À quelques exceptions près, le secteur était dès le départ intégralement opposé à l'adoption du principe du pays d'origine pour certains types de transmission en ligne de programmes de télévision et de radio<sup>129</sup>. La plupart des professionnels du secteur craignaient en effet qu'il s'agisse là d'une première étape vers la suppression du principe de territorialité de la législation relative au droit d'auteur sur lequel reposaient leurs modèles commerciaux. Ils considéraient par conséquent que cette proposition menaçait l'existence même du secteur audiovisuel européen et qu'elle serait préjudiciable à la diversité et à la créativité. Ils s'inquiétaient tout particulièrement de l'interaction entre ce règlement et la jurisprudence du droit de la concurrence dans ce domaine, à commencer par la décision très attendue à l'époque qui devait être rendue dans l'affaire de la télévision à péage<sup>130</sup>. Selon la Coalition<sup>131</sup>, les motifs de l'adoption du principe du pays d'origine dans la proposition de règlement sur la radiodiffusion en ligne (ci-après le « règlement ») étaient extrêmement discutables : premièrement, aucune demande sérieuse de disponibilité transfrontière des contenus audiovisuels ne justifiait une intervention réglementaire ; deuxièmement, le fait d'affirmer que l'obtention de licences de droits d'auteur et de droits voisins pour mettre à disposition des contenus en ligne par-delà les frontières représenterait une charge trop lourde était dénué de fondement. En revanche, l'assouplissement de l'exclusivité territoriale aurait d'importantes conséquences négatives sur la diversité culturelle, l'emploi, la pérennité du secteur et, en définitive, sur le choix du consommateur. En conséquence, la Coalition invitait instamment les décideurs européens, d'une part, à préserver la territorialité du droit d'auteur en optant pour

---

<sup>129</sup> Pour davantage de précisions sur le sujet, voir *Online (re)transmission of TV programmes, Summary of the EAO workshop*, Bruxelles, 21 juin 2017, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2017, disponible en anglais sur : <https://rm.coe.int/168078332d>.

<sup>130</sup> Voir le chapitre 5 de la présente publication.

<sup>131</sup> Voir, par exemple, *Position commune sur les aspects du principe du pays d'origine du Règlement relatif à la radiodiffusion en ligne*, 15 février 2018, [https://99ff6266-dd25-42d5-a566-c2ad860fe46d.filesusr.com/ugd/7bf01a\\_f0ed6b7065884b9b84086c34acce64e3.pdf](https://99ff6266-dd25-42d5-a566-c2ad860fe46d.filesusr.com/ugd/7bf01a_f0ed6b7065884b9b84086c34acce64e3.pdf).



l'application la plus étroite possible du principe du pays d'origine, c'est-à-dire qu'il soit l'exception et non la règle et qu'il se limite à l'octroi de licence pour les contenus d'information et d'actualités et, d'autre part, à conserver la définition étroite des « services auxiliaires » proposée par la Commission européenne et le Parlement européen<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> Voir aussi la lettre de l'EFAD sur la proposition "SatCab" - Recommandations pour les Trilogues, disponible en anglais sur <https://europeanfilmagencies.eu/en/news-publications/our-positions/104-european-film-agency-directors-efads-letter-on-the-satcab-proposal>. Voir également les commentaires de la SAA sur la proposition de règlement de la CE concernant la retransmission de programmes de télévision et de radio et certaines transmissions en ligne des radiodiffuseurs, 14 septembre 2016, <https://www.saa-authors.eu/file/322/download>. Pour l'analyse de la SAA sur la directive finale et le principe du pays d'origine, voir SAA, Broadcasting and retransmissions - from a bad proposal to a hopeful directive, [https://www.saa-authors.eu/en/blog/565-broadcasting-and-retransmissions---from-a-bad-proposal-to-a-hopeful-directive#.XdQIJXdfX\\_d](https://www.saa-authors.eu/en/blog/565-broadcasting-and-retransmissions---from-a-bad-proposal-to-a-hopeful-directive#.XdQIJXdfX_d).



## 5. La jurisprudence

### 5.1. L'examen des licences territoriales exclusives par les juridictions et les autorités de la concurrence de l'Union européenne

#### 5.1.1. De Coditel à Sportradar : la territorialité réaffirmée

La Cour de justice de l'Union européenne a confirmé dans plusieurs de ses arrêts le principe de territorialité en matière de droit d'auteur. Les deux premiers de ces arrêts ont été rendus avant le début du processus d'harmonisation du droit d'auteur dans l'Union européenne, à savoir dans les affaires *Coditel*<sup>133</sup>, qui portaient sur l'exclusivité territoriale dans la radiodiffusion du point de vue de la concurrence et du marché intérieur.

D'autres arrêts ont ensuite confirmé ce principe de territorialité au sujet de l'application de différentes directives relatives au droit d'auteur. Plus précisément, dans l'affaire *Lagardère* (C-192/04)<sup>134</sup>, la Cour a confirmé le caractère territorial de certains droits à rémunération, harmonisés dans le cadre de la Directive 92/100 /CEE relative au droit de location et au droit de prêt. Dans l'affaire *Stichting De Thuiskopie* (C-462/09)<sup>135</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu une décision préjudicielle concernant la mise en œuvre territoriale de l'exception pour copie à usage privée énoncée à l'article 5(2)(b) de la Directive InfoSoc. Dans l'affaire *Donner* (C-5/11)<sup>136</sup>, elle a précisé, sur le plan de la territorialité, la notion de « distribution au public » au sens de l'article 4(1) de la Directive

---

<sup>133</sup> Arrêt de la Cour rendu le 18 mars 1980 dans l'affaire C-62/79, SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, et autres c. Ciné Vog Films et autres (Coditel I),

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61979CJ0062> ; et l'arrêt de la Cour rendu le 6 octobre 1982 dans l'affaire C-262/81, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres c. Ciné-Vog Films SA et autres* (Coditel II), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-262/81>.

<sup>134</sup> Arrêt de la Cour (troisième chambre) rendu le 14 juillet 2005 dans l'affaire C-192/04, *Lagardère Active Broadcast c. Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) et Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=60584&occ=first&dir=&cid=488130>.

<sup>135</sup> Arrêt de la Cour (troisième chambre) rendu le 16 juin 2011 dans l'affaire C-462/09, *Stichting de Thuiskopie c. Opus Supplies Deutschland GmbH et autres*,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=85089&doclang=en>.

<sup>136</sup> Arrêt de la Cour (quatrième chambre) rendu le 21 juin 2012 dans l'affaire C-5/11, Procédure pénale engagée à l'encontre de M. Titus Alexander Jochen Donner,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124189&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=494654>.



InfoSoc et, enfin, dans l'affaire Sportradar (C-173/11)<sup>137</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé le principe de territorialité du droit *sui generis* relatif à la protection des bases de données<sup>138</sup>.

## 5.1.2. De l'affaire Murphy à l'affaire de la Télévision à péage : la territorialité revisitée

Les limites du principe de territorialité dans la législation relative au droit d'auteur ont ces dernières années été contestées par les juridictions et les services de la concurrence de l'Union européenne à l'occasion du réexamen des licences territoriales exclusives pour la distribution de contenus protégés par le droit d'auteur dans le cadre du marché intérieur et de la concurrence.

### 5.1.2.1. L'affaire Murphy concernant la transmission par satellite de matchs de football de la *Premier League*

En 2011, la Cour de justice de l'Union européenne a ouvert une première brèche dans le principe de territorialité qui concernait la transmission par satellite des matchs de football de *Premier League* dans l'arrêt Murphy (également appelé arrêt « *Premier League* »)<sup>139</sup>. En l'espèce, la Cour avait conclu qu'un système de licences pour la retransmission de matchs de football qui accordait aux radiodiffuseurs l'exclusivité territoriale sur la base d'un seul État membre et interdisait aux téléspectateurs de pouvoir visionner les programmes au moyen d'une carte de décodage dans d'autres États membres, était contraire au droit de l'Union européenne. Dans son arrêt, la Cour a conclu que, pour ce qui est du système d'accords de licence territoriaux exclusifs mis en place par la *Football Association Premier League* (FAPL), les clauses visant à interdire au radiodiffuseur de fournir des dispositifs de décodage permettant l'accès aux contenus du titulaire du droit d'auteur, en vue de leur utilisation en dehors du territoire couvert par le contrat de licence, constitue une restriction de la concurrence interdite par l'article 101 du TFUE.

---

<sup>137</sup> Arrêt de la Cour (troisième chambre) rendu le 18 octobre 2012 dans l'affaire C-173/11, *Football Dataco Ltd et autres c. Sportradar GmbH et Sportradar AG*, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=128651&doclang=FR>.

<sup>138</sup> Pour davantage de précisions sur cette affaire, voir F. Cabrera Blázquez, M. Cappello, C. Grece et S. Valais, *La territorialité et son impact sur le financement des œuvres audiovisuelles*, IRIS Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2015, page 55 et suivantes, <https://rm.coe.int/1680783481>.

<sup>139</sup> Arrêt de la Cour (grande chambre) du 4 octobre 2011, affaires jointes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League Ltd et autres c. QC Leisure et autres (C-403/08) et Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd (C-429/08)*, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=110361&doclang=FR>. Pour davantage de précisions sur l'arrêt *Premier League*, voir F. Cabrera Blázquez, M. Cappello, C. Grece et S. Valais, *La territorialité et son impact sur le financement des œuvres audiovisuelles*, *op. cit.*, <https://rm.coe.int/1680783481>.



La Cour a estimé que le droit du titulaire du droit d'auteur à percevoir une rémunération est un élément fondamental du droit d'auteur, et a souligné qu'en négociant une « rémunération appropriée », le titulaire du droit d'auteur conserve néanmoins la possibilité de réclamer « un montant qui prend en compte l'audience effective et l'audience potentielle tant dans l'État membre d'émission que dans tout autre État membre dans lequel les émissions sont également reçues »<sup>140</sup>. La Cour a cependant observé que, en l'espèce, le titulaire des droits cherchait à percevoir une rémunération allant au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre l'objectif de protection du droit d'auteur en question. Elle estime que la somme supplémentaire perçue par la *Premier League* en échange de la garantie d'une exclusivité territoriale absolue a entraîné des différences de prix artificielles qui tendaient à rétablir les différences entre les marchés nationaux<sup>141</sup>. Cependant, le cloisonnement des marchés dans le seul but de créer des différences de prix entre les États membres et, par là même, de maximiser les profits (discrimination par les prix) est inconciliable avec le Traité<sup>142</sup>.

Bien que les conséquences de cet arrêt se soient initialement limitées à la modification des conditions contractuelles imposées par la *Premier League* à l'égard des abonnés<sup>143</sup>, cette décision de la Cour de justice semble avoir marqué un tournant dans l'application du principe de territorialité, qui se manifestera quelques années plus tard dans d'autres secteurs de l'audiovisuel.

#### 5.1.2.2. L'affaire Canal + Télévision à péage relative à des contrats de licence d'œuvres cinématographiques pour la télévision à péage

Trois ans après l'affaire Murphy, la Commission européenne a étendu son examen des licences d'exclusivité territoriale de contenus protégés par le droit d'auteur en ouvrant, en janvier 2014, une enquête sur de possibles restrictions ayant une incidence sur la fourniture de services de télévision à péage dans le cadre d'accords de diffusion sous licence d'œuvres cinématographiques. L'enquête a donné lieu à l'envoi par les services de la concurrence de l'Union européenne, en juillet 2015, d'une communication des griefs aux six grands studios hollywoodiens de l'époque, à savoir 20<sup>th</sup> Century Fox, Warner Bros., Disney, NBCUniversal, Sony et Paramount, ainsi qu'à la chaîne de télévision Sky UK, au sujet de la fourniture transfrontière de services de télévision à péage<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> Ibid., paragraphe 112.

<sup>141</sup> Ibid., paragraphe 139.

<sup>142</sup> Ibid., paragraphe 115.

<sup>143</sup> Les titulaires de licences n'étaient plus autorisés à proposer en option un canal sonore en anglais aux consommateurs. Ils ne pouvaient transmettre les matchs de la Premier League qu'accompagnés du commentaire dans la langue de leur pays. Le commentaire en anglais est dorénavant limité aux titulaires de licences au Royaume-Uni et en Irlande. Les titulaires de licences qui ne sont pas établis au Royaume-Uni n'étaient plus autorisés à retransmettre plus d'un match de Premier League en direct le samedi après-midi.

<sup>144</sup> Commission européenne, Pratiques anticoncurrentielles : la Commission adresse une communication des griefs concernant la prestation transfrontière de services de télévision payante disponibles au Royaume-Uni et en Irlande, communiqué de presse du 23 juillet 2015, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_15\\_5432](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_15_5432).



En règle générale, les titulaires de droits d'auteur d'œuvres cinématographiques concèdent le plus souvent des licences de contenus de manière unitaire par pays, ou de manière simultanée pour un petit nombre d'États membres qui partagent une même langue. Selon l'évaluation préliminaire de la Commission, les accords contractuels bilatéraux conclus entre les studios et le radiodiffuseur enfreignaient l'article 101 du TFUE, qui interdit tout accord anticoncurrentiel. La Commission estimait que les dispositions de blocage géographique prévues dans l'accord de licence conclu entre Sky UK et chacun des six studios constituaient le principal problème, puisqu'elles accordaient dans les faits à Sky UK une exclusivité territoriale absolue<sup>145</sup>. La Commission craignait en effet que ces clauses éliminent toute concurrence transfrontalière entre les radiodiffuseurs de télévision à péage et qu'elles se traduisent par un cloisonnement artificiel du marché unique de l'Union européenne en fonction des frontières nationales.

En avril 2016, Paramount a proposé un certain nombre d'engagements visant à répondre aux préoccupations des services de la concurrence de l'Union européenne qui concernaient aussi bien la radiodiffusion par satellite que les transmissions en ligne<sup>146</sup>. La Commission a accepté ces engagements et les a rendus juridiquement contraignants en juillet 2016<sup>147</sup>. Plus de deux ans plus tard, en octobre 2018, Disney a également proposé des engagements à la Commission européenne en réponse à l'enquête réalisée sur la télévision à péage<sup>148</sup>. En décembre 2018, le Tribunal de l'Union européenne a rendu son arrêt dans l'affaire *Groupe Canal + c. Commission européenne*, en rejetant le recours formé par le principal radiodiffuseur français de télévision à péage contre la décision de la Commission de rendre contraignants les engagements de Paramount (affaire T-873/16)<sup>149</sup>. Dans cet arrêt, le Tribunal a confirmé l'évaluation préliminaire de la Commission selon laquelle les obligations du radiodiffuseur et des studios contenues dans le contrat de diffusion sous licence d'œuvres cinématographiques de Paramount conclu avec Sky enfreignaient l'article 101 du TFUE en éliminant la concurrence transfrontalière entre les radiodiffuseurs de télévision à péage. Plus précisément, le Tribunal a estimé que, lorsque

---

<sup>145</sup> Ces dispositions (a) obligeaient Sky UK à bloquer l'accès aux films des studios sur ses services de télévision payante en ligne (« blocage géographique ») et/ou sur ses services de télévision payante par satellite aux consommateurs en dehors du territoire sous licence (Royaume-Uni et Irlande) ; et (b) obligeaient certains des studios à garantir que les diffuseurs en dehors du Royaume-Uni et de l'Irlande ne puissent pas proposer leurs services de télévision payante au Royaume-Uni et en Irlande. De telles clauses limitent la capacité des radiodiffuseurs à accepter des demandes non sollicitées ("ventes passives") pour leurs services de télévision payante de la part de consommateurs situés en dehors de leur territoire sous licence.

<sup>146</sup> Commission européenne, *Antitrust: Commission seeks feedback on commitments offered by Paramount Pictures in PayTV investigation*, communiqué de presse du 22 avril 2016, disponible en anglais sur : [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/antitrust-commission-seeks-feedback-commitments-offered-paramount-pictures-pay-tv-investigation\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/antitrust-commission-seeks-feedback-commitments-offered-paramount-pictures-pay-tv-investigation_en).

<sup>147</sup> Affaire AT.40023 – *Cross-border access to Pay-TV* (Accès transfrontière à la télévision à péage), disponible en anglais sur : [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40023/40023\\_5273\\_5.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40023/40023_5273_5.pdf).

<sup>148</sup> Commission européenne, *Ententes et abus de position dominante: la Commission demande un retour d'informations sur les engagements proposés par Disney dans l'enquête sur la télévision payante*, communiqué de presse du 9 novembre 2018, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_18\\_6346](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_6346).

<sup>149</sup> Arrêt du 12 décembre 2018, affaire T 873/16, *Groupe Canal + SA c. Commission européenne* (EU:T:2018:904), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208860&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11733088>.



les accords conclus par le titulaire du droit d'auteur contiennent des clauses en vertu desquelles le titulaire est tenu d'interdire aux radiodiffuseurs de l'Espace économique européen (EEE) de procéder à des « ventes passives » à destination des consommateurs situés en dehors de l'État membre pour lesquels il leur accorde une licence exclusive, ces clauses confèrent une exclusivité territoriale absolue et enfreignent par conséquent l'article 101(1) du TFUE.

À la suite de l'arrêt Murphy, le Tribunal a estimé que, lorsqu'un contrat de licence vise à interdire ou à limiter la fourniture transfrontière de services de radiodiffusion, il est réputé avoir pour objet de restreindre la concurrence, à moins que d'autres circonstances relevant de son contexte économique et juridique ne permettent de constater qu'un tel contrat n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence<sup>150</sup>. Pour ce qui est du contexte économique et juridique des clauses concernées, le Tribunal a précisé que les engagements rendus juridiquement contraignants en vertu de la décision de la Commission n'affectaient pas l'octroi même de licences exclusives, mais visaient à mettre fin à l'exclusivité territoriale absolue destinée à éliminer toute concurrence entre différents radiodiffuseurs au sujet d'œuvres couvertes par ces droits dans le cadre d'un ensemble d'obligations réciproques. Dans le prolongement direct de cet arrêt, en décembre 2018, les studios restants et Sky UK ont proposé un certain nombre d'engagements<sup>151</sup>.

Après une évaluation des conditions du marché, en mars 2019, la Commission a estimé que les engagements pris par Disney, NBCUniversal, Sony Pictures et Warner Bros. répondaient à ses préoccupations et les a donc rendu juridiquement contraignants pour les studios, comme suit :

- au moment de concéder sous licence à un radiodiffuseur de l'EEE sa production cinématographique en tant que contenu télévisuel payant, chaque studio prenant des engagements ne mettra en place ou ne réintroduira aucune obligation contractuelle visant à interdire à ces radiodiffuseurs à péage de proposer des ventes passives transfrontières aux consommateurs situés dans l'EEE mais en dehors du pays pour lequel les radiodiffuseurs disposent d'une licence (aucune « obligation du radiodiffuseur ») ;
- au moment de concéder sous licence à un radiodiffuseur de l'EEE sa production cinématographique en tant que contenu télévisuel payant, chaque studio prenant des engagements ne mettra en place ou ne réintroduira aucune obligation contractuelle visant à imposer aux studios d'interdire à d'autres radiodiffuseurs à péage établis dans l'EEE de proposer des ventes passives transfrontières aux consommateurs qui résident dans le pays pour lequel les radiodiffuseurs disposent d'une licence (aucune « obligation du studio ») ;
- chaque studio prenant des engagements s'abstiendra de faire exécuter ou d'introduire un recours devant une juridiction pour violation d'une obligation du radiodiffuseur et/ou du studio, selon le cas, figurant dans un accord existant de cession sous licence de sa production en tant que contenu télévisuel payant ;

---

<sup>150</sup> Ibid. paragraphe 48.

<sup>151</sup> Commission européenne, Ententes et abus de position dominante : la Commission demande un retour d'informations sur les engagements offerts par NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros et Sky dans le cadre de l'enquête sur la télévision payante, communiqué de presse du 20 Décembre 2018, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_18\\_6894](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_6894).



- chaque studio prenant des engagements s'abstiendra de faire exécuter ou d'exécuter toute obligation du radiodiffuseur et/ou du studio figurant dans un accord existant de cession sous licence de sa production en tant que contenu télévisuel payant.

De même, au vu des résultats de cette consultation, la Commission a été convaincue que les engagements proposés par Sky répondaient à ses préoccupations et a rendu ces engagements juridiquement contraignants pour Sky comme suit :

- Sky ne mettra pas en place ou ne réintroduira aucune des obligations du radiodiffuseur ou des obligations du studio dans les accords de cession sous licence de la production de Disney, Fox, NBCUniversal, Paramount Pictures, Sony Pictures et Warner Bros. en tant que contenu télévisuel payant ; et
- Sky ne cherchera pas à faire exécuter des obligations du studio ou à exécuter des obligations du radiodiffuseur dans les accords de cession sous licence de la production de Disney, Fox, NBCUniversal, Paramount Pictures, Sony Pictures et Warner Bros. en tant que contenu télévisuel payant.

Ces engagements s'appliqueront dans l'ensemble de l'EEE pendant une période de cinq ans. Ils couvrent à la fois les services de télévision à péage en ligne et par satellite et les services de vidéo à la demande par abonnement, dans la mesure où ces derniers sont inclus dans toute licence concédée à un radiodiffuseur à péage. Les engagements comportent également une clause de non-contournement, de même que des clauses relatives au réexamen des engagements et à la désignation d'un mandataire chargé du suivi. Toutes les filiales actuelles et futures des parties ayant pris des engagements sont également tenues de s'y conformer<sup>152</sup>. Ces engagements sont sans préjudice des droits conférés aux studios ayant pris des engagements en vertu du règlement relatif à la portabilité ou de la législation relative au droit d'auteur. Ils n'ont pas davantage d'incidence sur les droits des studios ou d'un radiodiffuseur à péage de décider unilatéralement de recourir à la technologie de filtrage géographique<sup>153</sup>.

Après avoir soigneusement examiné ces engagements, la Commission a annoncé, en juillet 2019, la clôture de la procédure antitrust engagée cinq ans plus tôt contre Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros., Fox, Canal +, DTS Distribuidora de Televisión Digital, Promotora de Informaciones, SA (PRISA), Sky Deutschland et Sky Italia au sujet de l'accès transfrontière à la télévision à péage en France, en Espagne, en Allemagne et en Italie<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Cela signifie que ces engagements s'appliquent également à Fox après son acquisition par Disney en mars 2019.

<sup>153</sup> Voir, Commission européenne, Pratiques anticoncurrentielles : la Commission accepte les engagements offerts par Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros. et Sky concernant les services de télévision payante transfrontières, communiqué de presse du 7 mars 2019, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_19\\_1590](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_1590).

<sup>154</sup>, *Closure of Proceedings* (Clôture de la procédure), 26 juillet 2019, disponible en anglais sur : [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40023/40023\\_10719\\_5.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40023/40023_10719_5.pdf). Voir également le résumé de la décision de la Commission du 7 mars 2019, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019XC0409\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019XC0409(01)&from=EN).



## **5.2. Le principe du pays d'origine en matière d'aide financière à la production cinématographique : d'un principe absolu à un principe relatif**

Dans sa décision du 1<sup>er</sup> septembre 2016<sup>155</sup>, la Commission européenne a confirmé la compatibilité de l'extension extraterritoriale de la taxe cinématographique allemande applicable aux services de VOD situés en dehors du territoire allemand avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et a déclaré que cette mesure n'était pas contraire à la Directive 2010/13/UE Services de médias audiovisuels (Directive SMAV).

La Commission a rappelé dans sa décision que l'article 107(3)(d) précise que « les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun » peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur. La Commission a indiqué qu'elle avait déjà jugé le régime en vigueur compatible avec l'article 107 dans sa Décision n° SA.36753 du 3 décembre 2013 et a déclaré que « le fait d'étendre la gamme des éventuels bénéficiaires à des entreprises établies en dehors du territoire national n'a aucune incidence négative sur l'évaluation de la compatibilité au titre de cet article ».

La Commission a ensuite examiné si cette taxe enfreignait l'article 110 du TFUE, lequel prévoit qu'« aucun Etat membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres Etats membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires [ou] d'impositions intérieures de nature à protéger indirectement d'autres productions ». La Commission a estimé que cette nouvelle taxe ne portait pas atteinte à l'article 110, dans la mesure où « les fournisseurs de services de vidéo à la demande établis à l'étranger peuvent dans la pratique également bénéficier de ce financement » et que « [le] régime précise les moyens effectifs permettant aux fournisseurs de VOD étrangers de déposer une demande d'aide à la distribution de la même manière que leurs concurrents allemands ».

Enfin, la Commission a examiné si ces mesures enfreignaient la Directive SMAV. L'article 2(2) de la Directive SMAV mentionne le principe du pays d'origine et précise que « relèvent de la compétence d'un État membre les fournisseurs de services de médias suivants : » [...] ceux qui sont établis dans cet État membre conformément au paragraphe 3 ». L'article 13(1), qui porte sur la promotion des œuvres européennes, prévoit que les États membres « veillent à ce que les services de médias audiovisuels à la demande fournis par des fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence promeuvent, lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés, la production d'œuvres européennes ainsi que l'accès à ces dernières ». Deux parties concernées ont affirmé que cette taxe constituerait une mesure visant à promouvoir l'accès à des œuvres européennes, en violation du principe du pays d'origine. La Commission a cependant jugé que « la validité

---

<sup>155</sup> Décision (UE) 2016/2042 de la Commission du 1er septembre 2016 relative au régime d'aides SA.38418 – 2014/C (ex 2014/N), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016D2042#>.  
Beschluss (EU) 2016/2042 der Kommission vom 1. September 2016 über die Beihilferegulung SA.38418 – 2014/C (ex 2014/N), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32016D2042#>.



de l'application de la taxe à certains fournisseurs de VOD qui proposent leurs services tout en étant établis en dehors du territoire allemand » ne portait pas atteinte à la Directive SMAV. Elle a déclaré qu'« une interprétation selon laquelle le principe du pays d'origine » s'appliquerait à la taxe contestée donnerait lieu « à des situations dans lesquelles les fournisseurs présents sur un même marché ne seraient pas soumis aux mêmes obligations ». La décision de la Commission tient par ailleurs compte d'une proposition de modification de la Directive SMAV, publiée en mai 2016 par ses soins, qui précisait tout particulièrement que les États membres ont le droit d'exiger le versement d'une contribution financière aux fournisseurs de services de médias audiovisuels à la demande qui ciblent le public de leur territoire national mais sont établis dans d'autres États membres. La Commission a alors conclu que cette proposition s'avérait être « une précision de ce qui était déjà possible au titre de la Directive actuellement en vigueur ».

À la suite de cette décision, Netflix, qui fournissait des services destinés aux téléspectateurs allemands depuis 2014, a formé un recours devant le Tribunal de l'Union européenne pour contester ces dispositions, en affirmant que la *Filmförderungsgesetz* (loi relative aux aides à la production cinématographique allemande - FFG) enfreignait la libre prestation de services, la liberté d'établissement et les dispositions de l'Union européenne en matière d'aides d'État et de fiscalité.

Dans son arrêt du 16 mai 2018, rendu dans l'affaire T/818/16<sup>156</sup>, le Tribunal de l'Union européenne a rejeté le recours en annulation formé par Netflix contre la décision de la Commission européenne de 2016 relative aux dispositions applicables aux fournisseurs étrangers.

En déclarant qu'elle s'acquitterait désormais de la taxe cinématographique à compter de septembre 2019, la société Netflix semble indiquer qu'elle met un terme à cette longue bataille juridique et qu'elle renonce à faire usage des autres recours dont elle dispose contre cette taxe cinématographique allemande. En vertu de l'article 153(3) de la FFG, la taxe cinématographique s'élève à 1,8 % pour un chiffre d'affaires annuel inférieur à 20 millions EUR et à 2,5 % lorsque le chiffre d'affaires annuel réalisé en Allemagne est supérieur à 20 millions EUR. En 2018, Netflix a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 15 milliards USD au niveau mondial. Cependant, comme Netflix ne divulgue aucun chiffre sur les marchés individuels (nationaux), le calcul du montant de la taxe que Netflix paiera ou dont elle devra s'acquitter est loin d'être simple.

---

<sup>156</sup> Affaire T-818/16, *Netflix International BV c. Commission européenne*, Arrêt du Tribunal (huitième chambre), 16 mai 2018, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202021&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11715506>.



## 6. État des lieux

Beaucoup d'eau a coulé sous les ponts depuis la rédaction de notre publication de 2015 sur le thème de la territorialité et son impact sur le financement des œuvres audiovisuelles, comme en témoigne la présente actualisation du sujet.

### 6.1. Le principe du pays d'origine et la promotion des œuvres audiovisuelles

Comme nous l'avons indiqué au chapitre 2 de la présente publication, selon l'article 13 de la Directive SMAV les États membres peuvent imposer à certains fournisseurs de services de médias établis dans un État membre et qui ciblent un public sur leur territoire de contribuer financièrement à la production d'œuvres européennes. Il semble en effet logique qu'un fournisseur de services qui génère des recettes dans un autre État membre soit tenu de contribuer à la promotion des œuvres européennes dans l'État en question. On pourrait considérer que l'adoption de la version révisée de la Directive SMAV et la mise en place de la disposition énoncée à l'article 13 au sujet des services qui ciblent le public d'un autre pays ont ouvert une brèche dans le principe du pays d'origine<sup>157</sup> et ont suscité plusieurs discussions entre les parties prenantes sur les éventuelles répercussions de cette disposition et sa mise en œuvre pratique. Il reste désormais à observer comment cette disposition fonctionnera dans les faits, notamment sur le plan de la coordination entre les autorités nationales compétentes pour la partie comptable, lorsqu'elle sera transposée dans le droit interne des États membres.

Au moment de la rédaction de cette publication, l'actualité la plus pertinente à ce sujet était l'annonce faite par le ministre français de la Culture d'un prochain projet de loi relative aux services audiovisuels qui imposerait aux plateformes de VOD un certain nombre d'obligations de financement dans la production d'œuvres françaises et européennes (à partir de 16 % de leur chiffre d'affaires réalisé sur le territoire français<sup>158</sup>). Il sera sans doute particulièrement intéressant de découvrir le libellé exact de ces obligations du point de vue du principe de territorialité et d'observer la mise en œuvre de ces obligations par les opérateurs dont le siège social est établi dans d'autres États membres.

Par ailleurs, l'annonce faite par Netflix en février 2019 dans laquelle la société déclarait qu'elle s'acquitterait désormais de la taxe cinématographique allemande semble indiquer que Netflix met un terme à cette longue bataille juridique et qu'elle renonce à faire usage des autres recours dont elle dispose contre cette taxe allemande sur le cinéma. Comme nous l'avons déjà indiqué au chapitre 3 de cette publication, en vertu de l'article 153(3) de la *Filmförderungsgesetz* (loi relative aux aides à la production cinématographique

---

<sup>157</sup> Voir, par exemple, R. Kenny et T. Suter, « *An unravelling of the Digital Single Market* », novembre 2016, disponible en anglais sur :

<http://www.cccianet.org/wp-content/uploads/2016/11/The-New-AVMSD-An-Unravelling-of-the-DSM.pdf>.

<sup>158</sup> Ibid.



allemande – FFG), cette taxe s'élève à 1,8 % pour un chiffre d'affaires annuel inférieur à 20 millions EUR et à 2,5 % lorsque le chiffre d'affaires annuel réalisé en Allemagne est supérieur à 20 millions EUR. En 2018, Netflix a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 15 milliards USD au niveau mondial. Cependant, comme Netflix ne précise pas les chiffres de chaque marché national, il est difficile d'estimer le montant de la taxe due par Netflix et effectivement acquittée<sup>159</sup>.

## 6.2. Le principe de territorialité et la fourniture transfrontière de contenu audiovisuels

Les différentes évolutions du principe de territorialité dans la législation européenne relative au droit d'auteur ont été bien plus controversées. Comme nous l'avons précisé au chapitre 2 de la présente publication, si le Règlement relatif à la portabilité n'a pas rencontré de franche hostilité de la part du secteur audiovisuel, la proposition de Règlement établissant des dispositions pour l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio, faite par la Commission, a été accueillie assez négativement par l'ensemble des professionnels de l'audiovisuel. Le fait que le champ d'application du texte adopté, qui a pris désormais la forme d'une directive, ait été considérablement réduit a rendu le texte un peu plus acceptable pour le secteur audiovisuel, qui s'inquiète davantage des répercussions de la jurisprudence de l'arrêt *Télévision à péage*.

Selon Mme Vestager, commissaire européenne chargée de la politique de la concurrence, l'un des objectifs de la Commission dans l'affaire *Télévision à péage* était d'offrir aux consommateurs européens un plus vaste choix de services de télévision à péage transfrontières afin de leur permettre de regarder des films et des programmes télévisuels qui représentent leur propre intérêt culturel, sans que ce choix soit restreint par des mesures de blocage géographique prévues dans les contrats de licence conclus entre les principaux studios de cinéma et les chaînes de télévision à péage<sup>160</sup>. En conséquence, les engagements pris dans cette affaire signifient qu'un consommateur italien peut désormais accéder aux principaux films hollywoodiens par l'intermédiaire de Sky UK. Ce scénario permettrait en outre de stimuler la concurrence entre les radiodiffuseurs, puisqu'ils pourraient proposer aux consommateurs qui résident dans d'autres États membres un accès à leurs services. Cela suppose toutefois que les radiodiffuseurs acceptent également d'adapter leurs modèles commerciaux pour proposer leurs services à de potentiels clients

---

<sup>159</sup> Voir, également, C. Etteldorf, *Compromis dans le conflit d'un an sur le financement du cinéma allemand : Netflix paiera la taxe cinématographique*, IRIS 2019-4/9, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2019/4/article9.fr.html>.

<sup>160</sup> *Celebrating European culture*, Discours de Mme Vestager, 24 janvier 2017, disponible en anglais sur : [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/celebrating-european-culture\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/celebrating-european-culture_en).



à une échelle paneuropéenne et qu'ils fassent l'acquisition des droits d'exploitation correspondants auprès des titulaires des droits en question.

Compte tenu des conclusions de la dernière enquête sectorielle sur le commerce électronique menée par la Commission en 2017<sup>161</sup>, il reste désormais à observer dans quelle mesure ce scénario se réalisera dans la pratique. En effet, selon le rapport final publié en mai 2017, la disponibilité des droits d'exploitation en ligne est un élément essentiel en matière de concurrence sur le marché des contenus numériques. Conformément au principe de la liberté contractuelle, cette disponibilité repose très largement sur la décision prise par les titulaires de droits d'accorder une licence et, le cas échéant, sur l'étendue de cette licence, telle que définie dans les contrats de licence. Il convient par ailleurs de préciser que la clause d'exclusivité est fréquemment utilisée pour les droits concédés sous licence, puisque l'accès à un contenu exclusif augmente l'attrait des offres proposées par les fournisseurs de contenus numériques. La Commission a elle-même répété à maintes reprises que le recours à une clause d'exclusivité n'était pas un problème en soi<sup>162</sup>. En outre, les affaires *Murphy* et *Télévision à péage* ont clairement réaffirmé que les titulaires de droits avaient la possibilité de prendre en compte, lors de la négociation de leurs droits, le public effectivement destinataire et celui qui pourrait l'être, non seulement dans le pays pour lequel ils ont octroyé une licence d'exploitation exclusive (vente active), mais également dans ceux où les contenus sont réceptionnés (vente passive). Cette possibilité a naturellement une incidence sur le coût d'acquisition de ces droits ; elle a même été identifiée par les fournisseurs de contenus numériques qui ont participé à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, comme le premier critère, combiné à une demande insuffisante de contenus étrangers par les consommateurs, visant à justifier le fait de ne pas autoriser l'accès à leurs services dans des États membres autres que ceux dans lesquels ils opèrent actuellement<sup>163</sup>.

Bien qu'il soit à ce stade difficile d'anticiper davantage encore les conséquences pratiques des affaires *Murphy* et *Télévision à péage* sur la fourniture transfrontière de contenus audiovisuels, en particulier sur un marché caractérisé par l'émergence de nouveaux intermédiaires et de nouveaux modèles commerciaux, il est néanmoins intéressant souligner le rôle que le droit de la concurrence a joué ces dernières années dans la définition du champ d'application du principe de territorialité dans le secteur audiovisuel<sup>164</sup>. Comme nous l'avons rappelé dans le chapitre 2 de cette publication, l'annonce de la révision en 2020 du Règlement 2018/302 relatif au blocage géographique afin d'apprécier l'opportunité d'inclure ou non les services audiovisuels dans son champ

---

<sup>161</sup> Commission européenne, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, COM(2017) 229 final, 10 mai 2017,

[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final\\_report\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_fr.pdf).

Voir le paragraphe 2 de la présente publication.

<sup>162</sup> Ibid., paragraphe 59, page 14.

<sup>163</sup> Commission européenne, Document de travail des services de la Commission, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, 10 mai 2017, Tableau C. 7, page 234, disponible en anglais sur :

[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_swd\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf).

<sup>164</sup> Voir S. Vezzoso, *Geo-blocking of Audio-visual Services in the EU: Gone with the Wind?*, 13 janvier 2019, disponible en anglais sur : [https://www.competitionpolicyinternational.com/geo-blocking-of-audio-visual-services-in-the-eu-gone-with-the-wind/#\\_edn11](https://www.competitionpolicyinternational.com/geo-blocking-of-audio-visual-services-in-the-eu-gone-with-the-wind/#_edn11).



d'application, devrait permettre de mieux comprendre la problématique des mesures de blocage géographique dans le secteur audiovisuel au vu de l'évolution actuelle du marché.

Une publication  
de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

