

REVISION DE LA DIRECTIVE SMA – DEBATS ET QUESTIONS EN SUSPENS

Contribution au panel « Révision de la Directive SMA » (Eurovisioni, Rome, 21 octobre 2016).

André Lange, expert indépendant¹ (andre.lange.medart@gmail.com)

Le caractère globalement positif des premières réactions² à la proposition de révision de la Directive sur les services de médias audiovisuels présentée par la Commission européenne le 25 mai 2016 tend à faire penser que l'approche pragmatique adoptée par la Commission réussit à fournir une solution équilibrée, de nature à satisfaire les différents Etats membres et les différents groupes d'intérêt, chacun y trouvant un motif de satisfaction suffisant pour faire oublier les frustrations sur d'autres points. Il n'en reste pas moins que la proposition suscite des réactions opposées sur certaines questions sensibles et laisse diverses d'entre elles en suspens, auxquelles il n'est pas sûr que les contributions à venir de la part du Parlement européen et du Conseil des Ministres puissent apporter des solutions. Diverses organisations professionnelles et groupes d'intérêts ont publiés leurs position sur la proposition et le Parlement européen a procédé à des auditions le 26 septembre 2016. Les trois principales contributions institutionnelles à ce jour sont le projet de rapport de la Commission Culture du Parlement européen (5 septembre 2016)³, le projet d'avis de la Commission marché intérieur et protection des consommateurs (21 septembre 2016)⁴ et l'opinion de l'ERGA sur la proposition de la Commission de révision de la Directive SMA (6 octobre 2016)⁵. La proposition de la Commission a fait l'objet de premiers échanges au sein du Conseil des Ministres (Bruxelles, 31 mai 2016) et d'une conférence organisée par la Présidence slovaque (Bratislava, 28 septembre 2016). Les réactions officielles et publiques d'Etats membres ou d'instances nationales sont encore rares.⁶

1 André Lange est Docteur en Information et Arts de Diffusion (Université de Liège). Il a mené une carrière d'expert sur les questions audiovisuelles européennes à l'Institut européen de la communication (Manchester), à l'IDATE (Montpellier) et à l'Observatoire européen de l'audiovisuel (Conseil de l'Europe – Strasbourg).

Contact : andre.lange.medart@gmail.com

Texte terminé en date du 2 novembre 2016

² Pour une mise en contexte et une analyse de ces réactions, voir A. LANGE, « Vers une révision à minima de la Directive SMA », septembre 2016, https://www.academia.edu/27935361/VERS_UNE_REVISION_A_MINIMA_DE_LA_DIRECTIVE_SMA

³: [http://www.emeeeting.europarl.europa.eu/committees/agenda/201609/CULT/CULT\(2016\)0926_1/sitt-3263689](http://www.emeeeting.europarl.europa.eu/committees/agenda/201609/CULT/CULT(2016)0926_1/sitt-3263689)

⁴<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE589.291+01+DOC+PDF+VO//FR&language=FR>

⁵ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/erga-opinion-avmsd-proposal>

⁶ Pour la France, voir le communiqué de presse de la Ministre de la Culture et de la Communication, 31 mai 2016, <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Presse/Communiques-de-presse/Conseil-des-ministres-europeens-de-la-culture-et-de-l-audiovisuel>; pour la Fédération Wallonie-Bruxelles, voir la note du CSA « Révision de la Directive SMA : quel avenir pour la régulation ? » <http://www.csa.be/pages/266>. La révision de la Directive a été évoquée par la Chancelière Merkel lors de son discours d'ouverture des 30. Medientage, (München, 25 Oktober 2016), dans lequel elle s'est réjouie que la Commission ait pris en compte les principales positions allemandes. <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Rede/2016/10/2016-10-25-merkel-medientage.html?nn=391850>

La présente note vise à faire le point sur les principales questions en débat et celles qui restent en suspens, en tenant compte des diverses contributions et en les complétant de quelques remarques personnelles.

1. Questions en débat – Conception d'ensemble de la Directive

1.1. L'harmonisation des règles applicables aux services linéaires et aux services non-linéaires

Le projet de rapport de la Commission Culture propose une approche beaucoup plus complète en ce qui concerne la définition des règles communes aux services linéaires et aux services non-linéaires en vue de créer des conditions de concurrence véritablement égales. *« Le chapitre I a été restructuré afin de définir des règles communes applicables aux services de médias audiovisuels, aux services de plateformes de partage de vidéos et aux vidéos créées par les utilisateurs. Les dispositions de ce chapitre I s'appliquent à tous les services relevant de la directive de la même manière. Sept nouveaux articles (amendements 32 à 38) ont été introduits, afin de fusionner plusieurs articles de la directive actuelle et de la proposition en ce qui concerne les points suivants: - incitation à la violence ou à la haine, discrimination (article -2), - protection des mineurs face aux contenus préjudiciables (article -2 bis), - communications commerciales audiovisuelles, parrainage (article -2 ter) et placement de produits (article -2 quater), - protection des œuvres cinématographiques (article -2 quinquies), - droits d'information aux destinataires d'un service (article -2 sexies), - corégulation et autorégulation et codes déontologiques (article -2 septies). »*

1.2. Le problème des définitions

Comme il a été souvent noté, la définition des services de média à la demande dans la Directive de 2007, pose différents problèmes d'interprétation. La proposition de la Commission vise à certaines clarifications. En particulier le récépissé précise que *« La Directive ne devrait continuer à s'appliquer qu'aux services dont l'objet principal est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer. L'exigence relative à cet objet principal devrait également être présumée satisfaite si la forme et le contenu audiovisuel du service en cause sont dissociables de l'activité principale du fournisseur de services, par exemple des éléments autonomes de journaux en ligne proposant des programmes audiovisuels ou des vidéos créées par les utilisateurs lorsque ces éléments peuvent être considérés comme étant dissociables de l'activité principale. »*. Il tend donc à inclure dans le champ d'application les pages vidéo des sites de presse, ce qui prêtait à discussion dans l'ancienne formulation.

La proposition de la Directive prévoit la suppression de l'ancien considérant qui donnait la définition suivante : *« Aux fins de la présente directive, la définition du service de médias audiovisuels devrait couvrir exclusivement les services de médias audiovisuels, que ce soit de la radiodiffusion télévisuelle ou à la demande, qui sont des médias de masse, c'est-à-dire qui sont destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d'avoir sur elle un impact manifeste. Son champ d'application ne devrait couvrir que les services tels que définis par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et donc englober toutes les formes d'activité économique, y compris l'activité économique des entreprises de service public, mais exclure les activités dont la vocation première n'est pas économique et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites web privés et les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des*

utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêt.». Cette suppression est regrettée par l'ERGA, au motif qu'elle conduirait à élargir considérablement le champ d'application de la couverture de la Directive à des services qui n'ont pas de dimension économique ou qui n'ont qu'un impact limité sur l'opinion publique. Cette position des régulateurs est compréhensible du point de vue pratique : l'élargissement de la définition entraîne, en principe, des nécessités de monitoring qui peuvent dépasser les capacités des autorités de régulation. Mais est-il prudent d'exclure a priori des services sous prétexte qu'ils n'ont qu'une audience limitée ? Des services incluant des programmes de pédo-pornographie, d'incitation à la haine, à la violence ou au terrorisme, de négationnisme, peuvent n'avoir que des audiences très limitées, mais n'est-ce pas, justement, le rôle des régulateurs de se saisir de ce type de services ?

On peut par ailleurs regretter que la proposition de révision ne vise pas à lever diverses ambiguïtés de l'ancien texte, en particulier sur les versions adaptées aux différents marchés nationaux d'une offre de même marque. Cette clarification aurait été nécessaire, notamment, pour déterminer le périmètre des catalogues des services VoD à analyser pour vérifier le respect des quotas et des mesures visant à assurer la prééminence des œuvres européennes. Une définition des « plates-formes de partage » est certes bienvenue, mais, comme l'a noté Lorna Woods, Professeur de droit à l'Université d'Essex, la définition proposée dans le nouvel article 1(aa) est elle-même susceptible de poser des problèmes d'interprétation.⁷ Des services tels que Facebook, Tweeter, Instagram devront-ils ou non être considérés comme des services de partage de vidéos ? La définition s'appliquera-t-elle aux principaux sites « pour adultes » qui fournissent un mélange de programmes résultant du choix éditorial des fournisseurs et de contenus générés par les utilisateurs ?

Le CSA de la Fédération Wallonie-Bruxelles considère quant à lui que l'extension du champ d'application de la Directive constitue une avancée mais qu'elle est trop partielle. *« Au vu de l'impact que peuvent avoir de telles plates-formes, il estime que les règles visant la protection du consommateur, le soutien à la diversité culturelle et au pluralisme des médias devraient aussi leur être appliquées. Dans une même logique, il conviendrait d'intégrer dans le champ de compétence matérielle de la directive SMA tout distributeur de SMA (TNT, câble, ADSL, satellite mais aussi les interfaces de TV connectée). De tels intermédiaires peuvent jouer un rôle dans le domaine de l'accessibilité et de la visibilité des SMA et de leurs contenus et il convient de les intégrer dans la poursuite des objectifs politiques de la directive SMA. »*⁸

1.3. Le rôle de l'ERGA et des instances de régulation

La proposition de la Commission prévoit un renforcement des instances de régulation une institutionnalisation de l'ERGA, le groupe des autorités de régulation qu'elle avait créé en 2014 par simple Décision. L'ERGA devrait être amenée un rôle plus important dans la mise en œuvre de la Directive, en particulier en émettant des avis consultatifs préparatoires aux décisions de la Commission et en fournissant un cadre institutionnel pour la collaboration entre les autorités nationales. Cette

⁷ L. WOODS, « The proposed new Audiovisual Media Services Directive: Key Features », 27 May 2016, <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2016/05/27/the-proposed-new-audiovisual-media-services-directive-key-features-2/>

⁸ CSA, « Révision de la directive SMA: quel avenir pour la régulation ? », Bruxelles, 25 octobre 2016, <http://www.csa.be/pages/266>

proposition semblait largement consensuelles, mais les rapporteuses de la Commission Culture du Parlement européen ont créé la surprise en se prononçant contre : « *Les rapporteuses saluent la contribution apportée par l'ERGA, instance d'information et de consultation. Elles estiment toutefois qu'elle ne devrait pas avoir de pouvoir décisionnel, afin de préserver les prérogatives des États membres. En revanche, le comité de contact, créé par l'article 29 de la directive actuelle (amendement 82), devrait se voir confier davantage de compétences. Le comité de contact devrait disposer d'une compétence décisionnelle exclusive, y compris sur les avis rédigés par l'ERGA* ».

Par ailleurs, les rapporteuses de la Commission Culture « *ne sont pas favorables à la proposition de la Commission visant à harmoniser complètement les services de plates-formes de partage de vidéos, par l'intermédiaire de la corégulation et de l'autorégulation. L'objectif de la directive étant simplement de coordonner les politiques nationales, un niveau minimum d'harmonisation est mis en place, laissant aux États membres la possibilité de fixer des règles plus strictes. Pour garantir la cohérence, la création de codes déontologiques de corégulation et d'autorégulation a été simplifiée à l'article -2 septies (amendement 38). Lorsqu'un État membre a prouvé qu'un code déontologique n'est pas efficace, il reste libre d'adopter des lois sur la question concernée.* »

Ces positions des rapporteuses, toutes deux allemandes, semblent découler d'un souci de droit constitutionnel, constant en Allemagne, de voir les compétences de l'Union européenne (et donc de la Commission), par le biais de l'ERGA, mordre sur les compétences nationales, ou même, dans le cas allemand, des Länder. Des experts reconnus, tels que le Professeur Peggy Valcke, ou Jean-François Furnémont, ancien Président de l'European Platform of Regulatory Authorities (EPRA) ont été les premiers à réagir.⁹ Lors du panel de la Conférence Eurovisioni, Madeleine De Cock Burning, Présidente de l'ERGA, ainsi que les représentants de l'autorité italienne, l'AGCOM, ont clairement exprimés leur déception et leurs craintes si cette proposition devait être adoptée par le Parlement.

1.4. Critères pour la détermination du pays d'établissement des services

La proposition de la Commission vise à clarifier la détermination du pays d'établissement d'un service.

Dans son opinion, l'ERGA souligne la nécessité de distinguer deux types de situations : les problèmes techniques d'identification du pays d'établissement (article 2) et les problèmes posés par la mise en œuvre des dispositifs anti-contournement (article 4).

Le problème des critères de rattachement, définis dans l'article 2, résulte de ce que les imprécisions du texte risque de permettre différentes approches du concept de décision éditoriale (en particulier la

⁹ P. VALCKE, "AVMS Review and Media Regulators' Independence: the Dancing Procession of Echternach?", Media Policy Blog, LSE, September 2016, <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2016/09/22/avms-review-and-media-regulators-independence-the-dancing-procession-of-echternach/>

B. LIEBHABERG and J.F. FURNEMONT, "Audiovisual media regulators: Why are their independence and cooperation crucial?", CERRE, 23 September 2016, http://www.cerre.eu/publications/audiovisual-media-regulators-why-are-their-independence-and-cooperation-crucial#.V-IB_9UF6Zw.twitter

nature du contrôle éditorial effectif) et de la place où sont prises les décisions, ce qui peut conduire à des conflits de juridiction et à des difficultés dans l'approche des pratiques de contournement. Les régulateurs soulignent qu'une clarification est nécessaire en ce qui concerne le critère de l'endroit où sont prises les décisions éditoriales.

La question est particulièrement sensible en Fédération Wallonie-Bruxelles, où le régulateur est confronté à la question de RTL-TVi, qui émet diverses chaînes enregistrées au Luxembourg, mais qui visent le territoire de la fédération. L'amélioration est probablement insuffisante pour lever les incertitudes de ce contentieux sur historique. En effet, avant d'appliquer le troisième critère, on doit d'abord appliquer les deux premiers. Si celui du siège social ne pose pas problème, celui du lieu où sont prises les décisions éditoriales reste ambigu. En effet, en étant imprécis, il permet à RTL de dire que les décisions éditoriales sont prises épisodiquement à Luxembourg, lors de réunion au Siège de la nouvelle société « RTL Belux », alors que la logique plaide pour identifier le lieu habituel de travail au jour le jour par les personnes habilitées à les prendre aux postes clés (directeur des programmes, rédacteur en chef). On pourrait ajouter que la définition de la localisation d'un service en prenant en compte le personnel employé devrait, en principe, être utile pour contrer un tel problème de délocalisation, puisque l'essentiel de la préparation des émissions de flux et de la programmation se fait à Bruxelles. Encore faudrait-il définir les modalités de calcul du personnel employé. La mise en place d'un service de télévision suppose différentes activités (production des programmes de flux, achats de programmes, définition de la grille, processus techniques de continuité, régie publicitaire,...) qui peuvent très bien être divisées entre différentes entreprises, avec des établissements différents. Les effectifs, dans ce cas, devront-ils être considérés par consolidation de ces diverses entreprises ?

Le problème de la procédure anti-contournement (art.4) fait l'objet d'incertitudes lorsque l'Etat de réception adopte des règles plus strictes. Dans ce cas, il n'y a pas de contestation sur la juridiction d'un service, mais bien une grande difficulté à lui appliquer les règles plus strictes d'un pays de réception, lorsque ce service cible complètement ou principalement (« *wholly or mostly*») le territoire de cet Etat. L'ERGA souligne que différents problèmes techniques risquent de se poser dans la détermination des pratiques de contournement. En particulier, l'ERGA note que les dispositions visant à éviter les pratiques de contournement ne sont pas suffisamment efficaces et que la pratique montre que les fournisseurs de services ne sont pas coopératifs lorsqu'ils sont sollicités par les autorités pour clarifier les problèmes d'établissement. L'ERGA souhaite un cadre commun pour les services linéaires et non-linéaires en ce qui concerne la détermination des situations de contournement.

L'article 28ter propose l'établissement de critères pour la détermination de la juridiction des plateformes de partage vidéo. La délocalisation des plateformes de partage vidéo est un phénomène massif qui, à travers YouTube mais aussi des plateformes de partage de vidéo « pour adultes », touche l'ensemble des pays européens. L'application de la définition de la localisation de cette plateforme au regard de l'article 28ter proposé par la Commission risque de s'avérer complexe. Selon point 1 de cet article : « *Les États membres veillent à ce que les fournisseurs de plateformes de partage de vidéos qui ne sont pas établis sur leur territoire, mais qui ont une société mère ou une filiale établie sur leur territoire ou qui font partie d'un groupe ayant une autre entité établie sur leur territoire, soient réputés avoir été établis sur leur territoire aux fins de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE.*

Aux fins de l'application du premier alinéa, si la société mère, la filiale ou l'autre entité du groupe sont établies chacune dans un État membre différent, le fournisseur est réputé avoir été établi dans l'État membre dans lequel la société mère est établie ou, à défaut d'un tel établissement dans un État membre, il est réputé avoir été établi dans l'État membre dans lequel la filiale est établie ou, à défaut d'un tel établissement dans un État membre, il est réputé avoir été établi dans l'État membre dans lequel cette autre entité du groupe est établie.

Aux fins de l'application du deuxième alinéa, s'il existe plusieurs filiales établies chacune dans un État membre différent, ou s'il existe plusieurs autres entités du groupe établies chacune dans un État membre différent, les États membres concernés veillent à ce que le fournisseur indique dans lequel d'entre eux il est réputé avoir été établi. »

Dans son opinion, l'ERGA signale le problème que peut poser l'identification de la juridiction des services de partage vidéo: *“ERGA notes that it will be necessary for NRAs to have the adequate powers to acquire knowledge of the organisational structure of VSP providers, when their headquarters are in non-EU countries. Otherwise, it will be difficult for Member States to establish jurisdiction on the basis of a “subsidiary established on their territory” or another company which is part of the same group or another entity of that group. NRAs would need to be equipped with the information-gathering powers needed to enable them to make such determinations (for example, to require information from VSP subsidiaries in their territory). »*

L'exemple le plus évident des difficultés posées par cet article 28ter est celui de la détermination de la juridiction de la principale plate-forme de partage vidéo, en l'occurrence YouTube. D'après ses « Terms of reference », YouTube est fourni par la société californienne YouTube LLC. Celle-ci est une filiale de Google Inc., elle-même filiale d'Alphabet Inc. Selon les documents officiels de Google Inc. déposés auprès de la Stock Exchange Commission¹⁰, le groupe dispose d'une filiale en Irlande, Google Ireland Holdings. Mais la base de données AMADEUS permet d'identifier des filiales de Google dans plus d'une dizaine de pays de l'Union européenne, mais aucune filiale de YouTube LLC. C'est donc le dernier alinéa de l'Article 28ter qui devrait s'appliquer. Mais la dernière phrase est tautologique ; comment un Etat membre peut-il veiller à ce que le fournisseur indique sa localisation, alors que c'est cette indication qui devrait, si l'on comprend bien, établir la juridiction concernée ? Ne serait-il pas plus efficace de donner aux Etats membres une possibilité (sous contrôle de l'ERGA et de la Commission) d'établir la juridiction sur les plates-formes dont la société qui la fournit est établie en dehors de l'Union européenne lorsque cette plate-forme cible explicitement leur marché national, en particulier le marché publicitaire ?

L'application de l'article 28ter aux plates-formes de partage vidéo « pour adultes » risque également de poser des problèmes complexes, les structures de propriété de ce type de services étant peu documentées. L'examen des « Terms of reference » des principaux services indique généralement une société établie aux Etats-Unis. Mais selon la presse, 8 des 10 principaux services en matière d'audience (dont Youporn, Pornhub Redtube) sont contrôlés par une société luxembourgeoise Mindgeek S.à.r.l.¹¹. Faut-il en conclure qu'il reviendrait à l'autorité luxembourgeoise, l'ALIA, d'établir sa juridiction sur ces plates-formes ? Toujours selon des informations de presse, l'établissement au Luxembourg ne correspond qu'à une simple boîte aux lettres fiscale, les activités réelles de la société étant essentiellement réalisées à Montréal et les activités de facturation réalisées par une filiale irlandaise.¹²

10 <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1288776/000165204416000012/googexhibit2101q42015.htm>

11 Voir notamment l'article « Mindgeeks » de Wikipedia.en (<https://en.wikipedia.org/wiki/MindGeek>, consulté le 2 novembre 2016) Le site spécialisé TheBestPorn listait 164 services contrôlés ou représentés par Mindgeek. Egalement : D. AUERBACH, « Vampire porn », Slate, October 2014,

http://www.slate.com/articles/technology/technology/2014/10/mindgeek_porn_monopoly_its_dominance_is_a_cautionary_tale_for_other_industries.html

Le site de Mindgeek (<http://mindgeek.com/fr/about>) ne fournit aucune indication sur ses filiales ni sur les services fournis.

12 M. BERGERON, « L'énigme Mindgeek, du Luxembourg à Montréal », *La Presse*, 10 octobre 2016, <http://plus.lapresse.ca/screens/5af271ce-5112-411d-8502-319e5d5fa7e7%7C2tXWOKGJgOr7.html>; M. BERGERON, « Mindkeek : un modèle d'affaires agressif », *La Presse*, 11 octobre 2016, <http://plus.lapresse.ca/screens/32565496-c9b5-4da6-a548-a014bd80960f%7C~L7Y2OH7K5BX.html>

En fait, dans le cas de Mindgeek, le problème est inverse de celui posé par l'ERGA, puisque l'établissement formel de la société mère du groupe est dans un pays de l'Union européenne, mais que l'essentiel des opérations est à l'étranger¹³. La mise en œuvre de l'article 28ter aux plates-formes contrôlées par la société luxembourgeoise Mindgeek S.à.r.l. pouvant s'avérer très complexe étant donnée la structure peu transparente de ce groupe. Comment mettre en œuvre la protection des mineurs alors que l'essentiel des services appartiennent à un groupe dont l'établissement au Luxembourg paraît très formelle et pourrait être facilement revu ou contesté ?

2. Questions thématiques en débat

2.1. Protection des mineurs

Le renforcement de la protection des mineurs est défini par la Commission européenne comme le premier et principal problème à résoudre. Dans la proposition de la Commission, ce point est le seul qui fait l'objet de dispositions relatives aux plates-formes de partage vidéo, non prises en considération par la Directive actuelle et jusqu'à présent uniquement réglementée par la Directive sur le commerce électronique.

Les rapporteuses de la Commission Culture du Parlement européen « *tiennent à conserver un degré élevé de protection des mineurs en maintenant une protection progressive en fonction de la sévérité de l'atteinte éventuelle, conformément à l'article -2, paragraphe 1, point b), et paragraphe 2 (amendement 32). Elles tiennent aussi à souligner que des moyens techniques permettent de repérer les vidéos au contenu préjudiciable et de les éliminer. Toutefois, ces instruments ne doivent pas restreindre les libertés en matière de communication. Le principe de notification et de retrait tel que visé aux articles 14 et 15 de la directive 2000/31/CE (directive sur le commerce électronique) doit dès lors s'appliquer.* »

Ni la Commission, ni les rapporteuses de la Commission Culture ne semblent aborder la question, pourtant cruciale, de l'établissement du pays d'établissement tel que nous venons de l'évoquer. La question est d'autant plus importante que l'essentiel de la communication vers le grand public autour de la Directive se fait autour de cette question : comment qualifier une politique qui prétend apporter des solutions alors que les promoteurs de cette politique savent que les principaux services visés ne seront pas inclus dans le champ d'application du texte ou ne le seront qu'au prix de procédures extrêmement complexes et fragiles ?

2.2. Mesures concernant les communications commerciales

Si l'on excepte la requête formulée par la SAA sur la protection des films contre les coupures publicitaires, les mesures proposées pour rendre plus flexible les communications commerciales ne semblent pas faire l'objet de contestations majeures de la part des groupes d'intérêts. A ma connaissance, les organisations européennes qui traditionnellement défendent les consommateurs

¹³ Questions subsidiaires : l'industrie pornographique canadienne en ligne pourra-t-elle bénéficier des accords CETA signés le 30 octobre 2016 ? Ceux-ci excluent les services audiovisuels de la défense de la diversité culturelle. Mais quid des plates-formes de partage vidéo, qui, actuellement, ne sont pas considérées comme telles par la Directive mais comme des services de commerce électronique ?

contre la publicité à la télévision (BEUC, EURALVA,...) ne se sont pas encore manifestées pour réagir à cette proposition. Les rares commentaires publiés que j'ai pu identifier émanent de chercheurs universitaires, telle Rachael Craufurd Smith¹⁴, lectrice à l'Université d'Edimburgh, qui s'inquiète des conséquences dommageables pour les consommateurs de la nouvelle dérégulation proposée. On notera cependant la réaction de l'EPHA, la plate-forme européenne de coordination des ONG spécialisées dans les questions de santé, a fait connaître son opposition aux propositions visant à promouvoir l'autorégulation, considérée comme insuffisante en ce qui concerne les produits alimentaires à risque, notamment lorsqu'ils engendrent l'obésité.¹⁵

A ma connaissance, peu d'observateurs ou de commentateurs ont souligné que les motivations des mesures de dérégulation de la publicité télévisée avancée par la Commission laissent à désirer.

Le 1^{er} paragraphe du texte indique que « *Dans l'UE, les services de radiodiffusion classiques continuent d'occuper une place importante en termes d'audience, de recettes publicitaires et d'investissement dans le contenu (environ 30 % des recettes).* ». Ce chiffre de « 30 % des recettes » est pour le moins curieux : aucun organisme n'est actuellement en mesure de mesurer les recettes publicitaires des différents médias. Les seuls chiffres disponibles (publiés par Warc et repris par l'Observatoire européen de l'audiovisuel) portent sur les investissements publicitaires bruts, non sur les recettes. Selon les chiffres du Warc, la part de marché de la télévision dans les investissements grands médias dans l'Union européenne reste stable, aux alentours de 32 %. En chiffres absolus, les investissements publicitaires en télévision restent également stables et ont même légèrement augmenté ces dernières années, puisqu'ils sont passés de 26,6 milliards en 2009 à 29,4 milliards en 2014. Encore faut-il souligner que les chiffres du Warc sont réalisés par type de média et non par type d'opérateurs. Les données sur les investissements publicitaires sur Internet concernent l'ensemble des opérateurs (« *pure players* », presse, services de rattrapage des chaînes de télévision). Outre les revenus stables en télévision, les radiodiffuseurs bénéficient donc également de la croissance des investissements publicitaires sur Internet et ont par ailleurs, depuis une dizaine d'années, diversifié leurs activités (chaînes de télévision thématiques à péage, VoD, production). Un rapide examen du chiffre d'affaires consolidé des principaux groupes européens actifs dans le domaine de la télévision commerciale ne semble pas indiquer que ces groupes, bien que confrontés à la publicité sur les plates-formes ouvertes, traversent une crise profonde nécessitant un assouplissement de la réglementation de la publicité. Une analyse économique plus détaillée aurait certainement été nécessaire à ce sujet. Les données retenues dans le rapport d'évaluation REFIT, comparant 2013 à 2012, paraissent plus conjoncturelles que structurelles.¹⁶ Quelques jours après la présentation de la proposition de révision de la Directive, l'EGTA¹⁷, qui représente les régies publicitaires des chaînes de télévision, a d'ailleurs publié une étude montrant que la télévision restait la meilleure plate-forme publicitaire sur le marché audiovisuel.¹⁸

¹⁴ R. CRAUFFURD SMITH, "Liberalisation of advertising & product placement rules in the AVMSD: a step too far?", Media Policy Project, 6 October 2016. <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2016/10/06/liberalisation-of-advertising-product-placement-rules-in-the-avmsd-a-step-too-far/>

¹⁵ EPHA Statement : *Self-Regulation, a False Promise for Public Health*, 19 October 2016, <http://epha.org/epha-statement-i-self-regulation-a-false-promise-for-public-health/>

¹⁶ *Ex-post REFIT Evaluation on the Audiovisual Media Service Directive*, European Commission, May 2016, p.31-32

¹⁷ *European Group of Television Advertising*

¹⁸ « New figures show that TV is the world favourite video », EGTA Press release, 6 June 2016, <http://www.egta.com/index.php?page=press-release-individual&idRelease=300>

Chiffre d'affaires consolidé des principaux groupes de diffusion financés par la publicité

Groupes	Pays	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2015/14
RTL Group	LU	5 410	5 532	5 765	5 998	5 889	5 808	6 029	3,8%
Gruppo Mediaset	IT	3 883	4 293	4 250	3 721	3 415	3 414	3 525	3,2%
ITV plc	GB	2 281	2 200	2 466	2 559	2 853	3 309	4 032	21,8%
ProSiebenSat.1 Media AG	DE	2 798	3 012	2 756	2 969	2 605	2 876	3 261	13,4%
<i>continued operations</i>	DE			2 199	2 356	2 605	2 876	3 261	13,4%
Groupe TF1	FR	2 365	2 622	2 620	2 621	2 470	2 092	2 004	-4,2%
<i>continued operations</i>	FR				2 215	2 085	2 092	2 004	-4,2%
Modern Times Group	SE	1 383	1 460	1 512	1 554	1 595	1 658	1 768	6,7%
<i>continued operations</i>	SE	1 205	1 460	1 512	1 554	1 595	1 658	1 768	6,6%
Atresmedia	ES	704	808	805	741	805	883	970	9,9%
Central European Media Enterprises	BM	473	551	668	585	502	560	554	-1,0%
Total (continued operations)					19 729	19 749	20 601	22 144	7,5%

Source : A. Lange (à partir des rapports d'activités des groupes)

L'argument avancé par la Commission selon lequel les téléspectateurs ont de plus en plus la possibilité de choisir un service sans publicité (c'est-à-dire un service à péage, linéaire ou non) semble faire fi de ce que l'accès à ce type de services est surtout possible aux foyers sans problèmes budgétaires. Il est à craindre que les familles les plus démunies ne soient contraintes de se contenter des offres financées par la publicité.

Les rapporteuses de la Commission Culture du Parlement européen, tout en reconnaissant qu'il est nécessaire de faire preuve d'une plus grande flexibilité pour ce qui est des règles quantitatives en matière de publicité ne souhaitent pas valider telle quelle les propositions de la Commission. Selon elles, « *la disposition relative aux durées maximales des spots est nécessaire au maintien d'un niveau suffisant de protection des consommateurs, même si la flexibilité doit être plus grande. La limite quotidienne proposée de 20 % pourrait exposer les spectateurs à une quantité excessive de publicité pendant les heures de grande écoute. Les rapporteuses proposent dès lors, à l'article 23, paragraphe 1 (amendement 77), que des règles plus strictes s'appliquent entre 20 heures et 23 heures en fixant à 20 % la limite pendant ce créneau. En outre, il conviendrait de conserver, à l'article -2 quater (nouveau) de la directive (amendement 35), la disposition relative à la mise en avant injustifiée, concernant le placement de produit. Les communications commerciales relatives aux boissons alcoolisées, aux tabacs et aux médicaments devraient continuer à être limitées. Les limites imposées aux communications commerciales relatives à la nutrition devraient être fixées dans les codes déontologiques afin d'améliorer le niveau de protection.* »

La rapporteure de la Commission Marché intérieur et protection des consommateurs, dans son avis adressé à ses collègues de la Commission Culture, a adopté une position encore plus radicale contre la dérégulation de la publicité : " *Même s'il est souhaitable d'accentuer la flexibilité des règles régissant la communication commerciale, les modifications apportées à ces dispositions ne devraient pas affaiblir la protection des consommateurs. Il est positif de voir la suppression de la «mise en avant justifiée» concernant le placement de produit, l'ambiguïté réglementaire de ce terme ayant auparavant limité la capacité des radiodiffuseurs à utiliser cette source de recettes commerciales.*

Cependant, une flexibilité accrue concernant la durée et les limites quantitatives ne permet pas de prendre en compte la diversité des modes de financement des publicités dans l'Union européenne, tant sur le plan de leur incidence que de leur durée. Elle n'augmentera pas les dépenses publicitaires pour la radiodiffusion linéaire. Cette flexibilité conduira à des heures de pointe saturées, ce qui affaiblira l'incidence des publicités, créera des périodes de saturation au détriment des consommateurs. Dans l'intérêt des consommateurs, le présent projet d'avis supprime les mesures visant à déréguler la durée de la communication publicitaire."

2.3. Mesures concernant la promotion des œuvres audiovisuelles

La question du principe, de la rationalité économique et de l'efficacité des quotas n'est pas neuve. En matière de télévision, le débat a commencé au milieu des années 80 dans le cadre des débats sur l'élaboration de la Directive Télévisions sans frontière. En matière de télévision, elle ne suscite plus guère de débats aujourd'hui, alors que le respect des articles 15 et 16 et leur efficacité devraient continuer à être discutés. En particulier, on peut s'interroger sur l'absence de réflexion concernant l'effritement du secteur indépendant de la production, qui permet de douter à la fois de l'efficacité et de la possibilité future de respecter l'article 16. Une analyse des 40 principales sociétés de production en Europe montre que 60 % des plus importantes d'entre elles sont intégrées dans un groupe média, généralement actif également comme diffuseur et dont 1 sur 3 fait partie ou travaille en étroite collaboration avec les groupes américains¹⁹. De même, il serait utile de vérifier dans quelle proportion les chaînes qui remplissent l'objectif de 50 % le font avec des œuvres nationales ou avec des œuvres d'autres pays européens. Certains pays (l'Irlande notamment) ont proposé la définition de quotas d'œuvres européennes non-nationales.

La proposition de la Commission d'instaurer un quota de 20 % d'œuvres européennes dans les catalogues des services VoD est certainement celle qui a suscité le plus d'attention de la presse, en particulier de la presse britannique, qui s'y montre en général assez hostile. Les positions des organisations professionnelles telles que Cable Europe, Digital Europe et CCIA indiquent qu'elle est mal reçue de la part des fournisseurs de services. Le seuil de 20 % paraît pourtant très bas et, dans tous les cas, inférieur à la pratique actuelle des grands services leaders (tels que Netflix et iTunes). Un quota assez bas peut être justifié par le fait que certains services (notamment des services opérés par les câbloopérateurs ou les opérateurs de réseaux IPTV) n'atteignent pas pour l'instant ce niveau de 20%. En revanche, il peut être de nature à inciter les services qui sont au-dessus de ce niveau de diminuer leurs efforts en matière de programmation d'œuvres européennes. Tout se passe comme si la Commission, plutôt que de fixer un objectif ambitieux, avait cherché à éviter la confrontation avec les gros opérateurs. Dès lors la mesure apparaît un peu vaine : elle suscite le mécontentement de ceux qui sont hostiles ou sceptiques vis-à-vis de ce type de contraintes, sans pour autant assurer un renforcement réel de la présence des œuvres européennes. Néanmoins, elle paraît se justifier dès lors que l'on souhaite également établir un système de régulation visant à assurer la visibilité des œuvres au sein des catalogues. La mesure de l'efficacité d'une telle mesure est pour l'instant difficile, dès lors que les opérateurs ne communiquent pas sur les pratiques des consommateurs. La proposition de rapport du Comité culture du Parlement européen propose un objectif plus ambitieux, avec un quota de 30 % des œuvres.

La question du niveau des quotas risque bien de rester symbolique si la mesure n'est pas accompagnée d'un monitoring régulier de la mise en place de dispositifs assurant la visibilité des œuvres européennes et de leur promotion éditoriale. L'analyse de la mise en évidence des œuvres européennes a fait l'objet d'études pionnières par le CSA de la Fédération Wallonie-Bruxelles. Ces études ont réalisées dans le

¹⁹ EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY, *Yearbook 2014*, Council of Europe, Strasbourg, 2014.

cadre d'une politique de dialogue avec les deux principaux opérateurs, afin de les inciter à mieux valoriser les œuvres. Elles mettent en évidence le respect des mesures de mise en évidence par les deux grands opérateurs (VOO, opérateur du câble et Proximus TV, service VoD de l'opérateur IPTV). Le top 50 des visionnements par les consommateurs paraît indiquer un effet positif, bien que celui-ci soit difficile à établir de manière systématique et définitive. L'absence, dans tous les pays de l'Union européenne, d'obligations minimales de transparence en matière de catalogues, de téléchargement et de visionnement rend quasi impossible la généralisation de ce type d'études, et donc d'un monitoring de l'efficacité de la mesure.

La possibilité pour les Etats membres d'obliger les services VoD étrangers délocalisés à contribuer au financement de la production semble avoir moins retenu l'attention de la presse. Le fait qu'elle apporte une solution au problème soulevé depuis 2014 par la conformité de la loi allemande sur le cinéma et de la loi fiscale française est très certainement positif et permet de réduire les inquiétudes sur l'avenir du financement public de la production. La proposition a été reçue positivement par l'EFADs, la plate-forme qui réunit les directeurs des agences nationales de soutien au cinéma²⁰. Les EFADs, comme l'ERGA, soulignent que la mise en œuvre de ces dispositions nécessitera un renforcement de la coopération entre les instances de régulation.

On peut s'interroger cependant sur les raisons qui font que la Commission limite cette possibilité de dérogation aux seuls services de médias audiovisuels à la demande, et non aux services de télévision, voire aux plates-formes ouvertes et aux services de distribution satellitaire. Curieusement, alors que la philosophie générale de la directive est d'essayer de rapprocher la réglementation entre les différents types de services, tout en tenant compte de leurs spécificités, la Commission propose ici de créer une possibilité de dérogation au principe du pays d'origine qui ne s'appliquera qu'à une seule catégorie de services. Cette orientation n'est pas de nature à résoudre les problèmes de délocalisation des chaînes de télévision, qui pourront continuer à pratiquer le « forum shopping ». La situation la plus évidente est celle de RTL-TVi qui vise la Communauté française de Belgique à partir du Luxembourg et échappe ainsi à la tutelle du CSA de la Communauté française de Belgique et à l'obligation de contribuer au fonds de soutien. Des cas similaires, bien que plus marginaux, sont signalés au Portugal (certaines chaînes à péage émettant à partir de l'Espagne) ou dans les pays d'Europe centrale.

De même, la délocalisation des plates-formes de distribution (comme les plates-formes satellitaires opérées à partir du Luxembourg par le M7 Group ou les magasins d'applications des constructeurs de Smart TV) est un phénomène moins connu, mais qui pourrait prendre de l'ampleur dans les années à venir. Concurrente des chaînes commerciales sur le marché publicitaire, la plate-forme ne pourra pas être obligée par les Etats membres qui le souhaiteraient, à investir dans la production au même titre que ses concurrentes linéaires.

En limitant les possibilités de dérogation aux seuls services VoD, la proposition de révision de la Directive établit un déséquilibre significatif, qui risque de peser sur la capacité des Etats membres à maintenir des obligations d'investissements pour les diffuseurs commerciaux nationaux.

Les consultations simultanées lancées par la Commission (en particulier celle sur la Directive SMA et la consultation GAFA) auraient pu laisser penser que la Commission européenne allait revoir en profondeur le cadre réglementaire, en vue de favoriser une approche plus cohérente et plus claire. Lors de la présentation de la proposition de révision de Directive, le 25 mai 2016, le Commissaire Ansip a

²⁰ "AVMS Directive FAQ – Country of Origin principle and financial contributions", 17 October 2016. <http://www.efads.eu/news/avms-directive-faq-country-of-origin-principle-and-financial-contributions.html>

annoncé que la Commission visait à définir des propositions concernant la distribution dans les mois à venir. Le jeu n'est évidemment pas aisé. Dans toute proposition législative, la Commission doit tenir compte du cadre juridique existant, des positions des Etats membres, du Parlement européen, des acteurs concernés et d'une évolution des marchés de plus en plus difficile à suivre en raison de leur évolution rapide mais aussi, paradoxalement, de leur manque de transparence croissante. Le projet de révision de Directive SMA reste focalisé sur les services sans prendre en charge la question de leur distribution ; il ne propose aucune mesure nouvelle relative à la transparence et introduit de nouvelles complications, voire de nouvelles incohérences, dans son champ d'application.

Enfin, reste posée la question de la possibilité du contrôle de mise en œuvre de mesures contraignantes sur les catalogues et les obligations des éditeurs de services VoD de contribuer à la production. Cela est vrai pour les services établis dans un autre Etat membre, mais également pour ceux établis aux Etats-Unis. Interrogés par les journalistes sur cette question lors de la conférence de presse du 25 mai 2016, les Commissaires Ansip et Oettinger se sont montrés assez embarrassés : l'un a répondu, assez maladroitement, que les services européens posaient plus de problèmes que les services américains ; l'autre que des possibilités de sanction existeraient. Ce point demande certainement à être éclairci : la Commission dispose de capacités de sanctions par rapport aux Etats membres qui ne transposent pas correctement une Directive, mais la proposition actuelle ne signale nulle part quand et comment les Etats membres pourraient prendre des sanctions contre un service, en particulier un service établi dans un autre Etat membre. Il est à souhaiter que le travail du Parlement européen aille plus loin en la matière, en vue de rendre applicables les mesures préconisées.

Les rapporteuses de la Commission européenne « *se félicitent de la proposition de la Commission de renforcer la promotion des œuvres audiovisuelles européennes. Les fournisseurs de services de médias audiovisuels à la demande devraient promouvoir la production et la distribution d'œuvres européennes en veillant à ce que leurs catalogues contiennent une part minimale de 30 % d'œuvres européennes et que celles-ci soient suffisamment mises en avant (amendement 75).* »

Les rapporteuses proposent aussi au considérant 21 (amendement 16) que les États membres soient tenus de veiller à ce que les ayants droit relevant de leur compétence identifient leurs contenus audiovisuels qui constituent des œuvres européennes comme telles dans leurs métadonnées et les mettent à la disposition des fournisseurs de services, afin que ceux-ci puissent facilement déterminer si une œuvre est européenne. Pour intéressante qu'elle soit, cette proposition paraît ambiguë : ne peut-on pas considérer que l'invitation faite aux ayants-droit de valider eux-mêmes la qualification européenne de leurs œuvres implique un conflit d'intérêt ? Si l'Union européenne entend maintenir, voire renforcer, un système de quotas ne serait-il pas temps, enfin, de concevoir une base de données unique, transparente, des œuvres éligibles en tant qu'européennes et/ou indépendantes ? Une telle base de données (qui pourrait être conçue en coopération avec diverses bases déjà existantes, notamment à l'Observatoire européen de l'audiovisuel, base ISAN,...) ne devrait pas être uniquement administrative : elle pourrait contenir des informations descriptives et incitatives (succès d'audience, prix remportés, critiques de presse,...).

A l'inverse, la rapporteure de la Commission Marché intérieur du Parlement européen adopte une position en retrait par rapport à celle de la Commission européenne : « (...) *si la promotion des œuvres européennes doit être encouragée, l'approche adoptée devrait être guidée par le marché et ne pas imposer la mise en avant ou la visibilité du contenu. L'utilisation de quotas devrait être limitée et ne devrait en aucun cas excéder les propositions de la Commission. Des quotas plus élevés et des règles plus spécifiques équivalraient à du protectionnisme sur les marchés culturels et ne permettraient pas d'appréhender le marché mondial plus large dont le marché unique numérique européen fait partie.*

L'investissement dans les contenus européens est optimisé lorsqu'il est généré par la concurrence et par la demande du marché, non par des indicateurs artificiels et des redevances. »

Le débat sur la possibilité de dérogation au principe du pays d'origine s'annonce donc très tendu. A ce stade, il est bien difficile de prédire quel sera le résultat du vote en plénière au Parlement et si un accord sera possible au Conseil des Ministres.

3. Les questions non traitées par la proposition de la Commission

3.1. Transparence

Même si la clarification des critères d'établissement pourrait, à terme, faciliter le travail de collecte d'information sur les services, la proposition n'inclut aucune mesure explicite pour l'amélioration de la transparence des marchés. Le texte cite à trois reprises la notion de «services au chiffre d'affaires peu élevé » mais n'instaure aucune obligation pour les opérateurs de communiquer publiquement sur le chiffre d'affaires de leurs services. Il est certes possible d'imaginer que les régulateurs nationaux puisse avoir accès, sur une base confidentielle, aux chiffres communiqués par les fournisseurs de service, mais une obligation de transparence explicitée par la Directive aurait certainement l'avantage de renforcer leur capacité de collecte et de permettre aux autres parties intéressées d'examiner le bien-fondé des éventuelles mesures dérogatoires adoptées en application du nouvel article 13.5. La proposition, annoncée le 12 avril 2016²¹ par la Commission européenne d'instaurer des règles plus strictes pour la transparence des entreprises multinationales, qui imposerait à celles-ci de publier leurs comptes de résultat pays par pays, pourrait constituer une avancée intéressante, mais insuffisante. Elle ne permettrait pas notamment d'obtenir les données sur les chiffres d'affaires par segment de marché.

Les rapporteurs de la Commission Culture du Parlement européen proposent un amendement relatif à certains aspects de la transparence : *"Article -2 sexies Les États membres veillent à ce que les fournisseurs de services de médias audiovisuels et les fournisseurs de plates-formes de partage de vidéos relevant de leur compétence offrent aux destinataires du service un accès facile, direct et permanent au moins aux informations suivantes: a) le nom du fournisseur de services de médias ou du fournisseur de plates-formes de partage de vidéos; b) l'adresse géographique à laquelle le fournisseur de services de médias ou le fournisseur de plates-formes de partage de vidéos est établi; c) les coordonnées du fournisseur de services de médias ou du fournisseur de plates-formes de partage de vidéos, y compris son adresse de courrier électronique ou le site internet de son entreprise, permettant d'entrer rapidement en contact avec lui d'une manière directe et efficace; d) l'État membre compétent pour les fournisseurs de services de médias ou les fournisseurs de plates-formes de partage de vidéos ainsi que les organismes de régulation compétents ou les organismes. »* Cette proposition est intéressante pour l'identification de fournisseurs de service et l'autorité de régulation compétente. Elle est cependant insuffisante pour assurer un minimum de transparence économique et de transparence sur les grilles de programme et les catalogues, nécessaire au monitoring des objectifs de promotion des œuvres européennes.

Lors du panel organisé par Eurovisioni (Rome, 21 octobre 2016), la représentante de la Commission a reconnu que plus de transparence économique serait souhaitable, mais que la Directive n'était pas le texte dans lequel ce problème devait être traité.

²¹ « La Commission européenne propose des règles de transparence fiscale publique pour les multinationales », Communiqué de presse de la Commission européenne, 12 avril 2016. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1349_fr.htm

3.2. Les incertitudes juridiques concernant les services établis en dehors de l'Union européenne

La proposition de Directive révisée ne contient pas de mesures claires sur les possibilités pour les Etats de réglementer les services établis en dehors de l'Union européenne. De tels services existent déjà et leur taille n'est pas négligeable : on dispose de peu de chiffres sur la place de Google Play Movies et de Xbox Video sur le marché de la vidéo transactionnelle, mais celle-ci ne peut être ignorée puisque ces services sont proposés par défaut respectivement aux utilisateurs de mobiles sous Android et d'ordinateurs opérant sous Windows 8 ou Windows 10 ; Viewster (établi en Suisse) est le leader sur le marché de la VoD gratuite. Les principaux sites payants de VoD « pour adultes » (hors plates-formes de partage vidéo, déjà évoquées), dont la localisation n'a pas, à notre connaissance, fait l'objet d'une étude détaillée, paraissent, le plus souvent, opérer à partir des Etats-Unis ou du Canada.²² On peut regretter que l'ERGA ne pose le problème des services établis hors de l'Union européenne que pour les plates-formes de partage vidéo et non pour les autres services (en particulier les services VoD précités).

Et l'on peut regretter que, malgré cette inquiétude formulée par l'ERGA et par quelques experts, la Commission européenne considère que cette question des services établis en dehors de l'Union européenne « n'est pas un problème, puisqu'elle n'est posé par personne ».²³

Même en cas de renforcement du texte, permettant aux Etats membres, par exemple, d'obliger ces services à contribuer au financement des fonds nationaux, on peut imaginer que les possibilités de mise en œuvre seront considérables et les batailles juridiques extrêmement longues. Il est significatif, par exemple, que le 21 octobre 2016 l'Assemblée nationale française ait renoncé à la taxe sur les plates-formes de partage vidéo (destinée à financer le fonds de soutien du CNC) qui était proposée par la Commission des finances, considérant qu'elle serait difficile de la prélever auprès d'un opérateur établi hors du pays.

En juin 2013, à la demande de la France, le Conseil des Ministres de l'Union européenne avait exclu les services audiovisuels du mandat de la Commission européenne pour négocier les accords TAFTA avec les Etats-Unis. De même, les services audiovisuels sont explicitement exclus du texte des accords CETA, qui restent à signer. Ces exclusions des services audiovisuels de ce type d'accord ont été obtenues à la demande des défenseurs de la diversité culturelle. En théorie, les Etats membres de l'Union européenne gardent donc la possibilité de limiter l'accès à leur territoire aux services qui ne respecteraient pas leur législation. En faisant l'impasse sur la réglementation, a priori, dans la future Directive révisée, de ce type de situation (qui s'apparente aussi à une forme de contournement), la Commission (et probablement avec elle le Parlement et le Conseil des Ministres si ils ne prennent pas d'initiative sur le sujet), la Commission laisse les Etats membres libres de s'opposer, individuellement, à la puissance des grands opérateurs de services internationaux. Elle réduit aussi fortement la crédibilité de sa réforme, qui, quoi qu'elle dise, ne réglementera pas (ou alors au prix de très improbables investigations et procédures judiciaires) les services de YouTube LLC et les principaux sites « pour adultes ». Pire, les services des groupes états-uniens qui, comme iTunes/Apple, Netflix, Amazon, ont créé des filiales en Europe pourraient décider que le meilleur moyen d'échapper aux nouvelles obligations de promotion

²² Une enquête, « quasi de type policière », menée par l'OFCOM concernant les services VoD fournis en Europe par le groupe Playboy a conclu à leur établissement au Canada.

²³ Déclaration de Lorena Boix-Alonso, Chef de l'unité de politique audiovisuelle et des médias à la Commission européenne, lors de la Conférence Eurovisioni (Rome, 21 octobre 2016).

des œuvres européennes est de fournir les services directement à partir des Etats-Unis...ou d'un Etat européen non membre de l'Union européenne.

3.3. Le Brexit changera fondamentalement la carte du marché audiovisuel européen

Les résultats du référendum britannique du 23 juin 2016 indiquant la volonté d'une majorité de la population de sortir de l'Union européenne risquent de renforcer cette problématique. La question n'a guère été débattue avant le référendum. Les milieux professionnels de l'audiovisuel britanniques s'étaient assez nettement prononcés en faveur d'un maintien du Royaume-Uni dans l'Union européenne et les premières analyses de la décision de sortie ont donné lieu à des analyses assez pessimistes sur l'impact du retrait pour l'industrie audiovisuelle britannique²⁴. Mais l'impact du retrait sur la régulation européenne de l'audiovisuel n'a pas encore été examiné, à ma connaissance, dans de premiers articles de réaction d'experts non-britanniques.

A court terme, le fait que le processus de révision de la Directive va s'effectuer en parallèle avec les débats sur les conditions de sortie du Royaume-Uni pourrait avoir un impact sur la capacité d'influence du Royaume Uni au sein du Conseil des Ministres, mais les parlementaires britanniques continueront à siéger et à voter au sein du Parlement européen tant que la sortie ne sera pas effective. Il est probable que le processus d'adoption de la révision de la Directive sera terminé avant celui des conditions du retrait du Royaume-Uni.

Dans le long terme, beaucoup dépendra du résultat des négociations entre le Royaume-Uni et l'Union européenne, une fois que la procédure définie par l'article 50 du Traité de Lisbonne aura été finalisée. Si le résultat des négociations aboutit à un statut du Royaume-Uni similaire à celui de la Norvège, il est probable que la Directive SMA révisée fera partie du lot des textes qui resterait applicable au Royaume-Uni, ce qui permettrait aussi au Royaume-Uni de contribuer au Programme Europe créative, auxquels les professionnels britanniques manifestent leur attachement. Par contre, si les résultats devaient conduire à des liens plus distendus (du type traité commercial), la Directive SMA cesserait de faire autorité au Royaume-Uni. Selon certains commentaires britanniques, peu de choses devraient changer en ce qui concerne les chaînes de télévision établies au Royaume-Uni : celles-ci bénéficieraient du traitement prévu dans la Convention européenne sur la télévision transfrontière, adoptée en 1989, et dont le Royaume Uni resterait signataire. Les diffuseurs britanniques pourraient y trouver un avantage puisque dans beaucoup d'aspect, cette convention offre des dispositions plus souples que celles de la Directive SMA et que sa mise en œuvre (par le biais d'un Comité de suivi au sein du Conseil de l'Europe) est moins contraignante encore que la Directive SMA. Il n'est cependant pas évident que les choses soient aussi simples : la Convention est un outil dont la Commission européenne a obtenu la mise en sommeil et bloqué la mise à jour, notamment en ce qui concerne son élargissement aux services à la demande. Il est peu probable que la Commission européennes et les Etats membres fassent un cadeau réglementaire au Royaume-Uni dans le domaine de l'audiovisuel, alors même que les régulateurs britanniques ont toujours pratiqué la contrainte minimale en vue d'attirer le maximum d'opérateurs

24 Voir, par exemple, S. FOLLOWS, « How will Brexit affect the UK Film Industry », 26 June 2016.

<https://stephenfollows.com/how-will-brexit-affect-the-uk-film-industry/>

J. ENSER, "After the Vote: What will Brexit mean for film and TV businesses operating in the UK? », *Media Policy Project Blog*, June 2016. <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2016/07/01/after-the-vote-what-will-brexit-mean-for-film-and-tv-businesses-operating-in-the-uk/>

pan-européens. Il est donc possible, voire probable, que certains opérateurs de chaînes transfrontières actuellement établis au Royaume-Uni envisagent, par mesure de sécurité juridique, d'établir, au moins de manière formelle, leurs activités dans un autre Etat membre.²⁵

Dans la mesure où ni la Directive actuelle ni la proposition de révision ne traitent des services établis dans les pays tiers, un vide juridique existera pour la circulation européenne des services de médias audiovisuels à la demande établis au Royaume-Uni et visant les pays de l'Union européenne. La base de données MAVISE recense plus de 150 services dans ce cas, fournis pour la plupart par des filiales des grands groupes américains (Sony, Warner, Universal,...). Pour l'instant, les principaux services pan-européens (iTunes, Netflix) ne sont pas établis au Royaume-Uni mais on peut craindre que certains d'entre eux, qui souhaiteraient échapper aux aspects contraignants d'une Directive révisée, n'envisagent de quitter les Etats membres où ils sont actuellement établis, pour se déplacer à Londres. Ils se retrouveraient ainsi dans une situation similaire à celle des services établis aux Etats-Unis. Il est à craindre que ce risque ne soit utilisé dans les mois à venir par ceux qui plaident pour une directive moins contraignante. A la différence des chaînes de télévision pan-européenne (pour lesquelles un passeport européen est quasi indispensable pour obtenir l'accès aux réseaux câblés), les services de VoD pourraient très bien prendre le risque de s'établir au Royaume Uni, ne serait-ce que pour bénéficier d'un taux favorable d'imposition. Même avec un cadre réglementaire précis pour les services établis dans les pays tiers, la Commission européenne et les gouvernements rencontreraient d'énormes difficultés à bloquer l'accès à des services dont la popularité est bien établie sous le seul prétexte qu'ils sont établis en dehors de l'Union européenne.

Un autre problème que poserait un « hard Brexit » est celui de l'éligibilité des œuvres britanniques en tant qu'œuvres européennes. En l'état actuel, pour les chaînes de télévision et les services à la demande des autres Etats membres, les programmes britanniques ne devraient pas être exclus de l'analyse des programmes étant donné que la définition de l'œuvre européenne inclut les œuvres produites, sous certaines conditions, dans les pays parties à la Convention européenne sur la télévision transfrontière (ce qui est le cas du Royaume Uni). L'achat de programmes britanniques par les chaînes européennes devrait devenir moins cher grâce à la baisse du cours de la livre sterling et la Convention européenne sur les coproductions cinématographiques (dont le Royaume Uni devrait rester Partie, puisqu'elle ne s'inscrit pas dans le cadre juridique de l'Union européenne) devrait permettre la continuation des coproductions et donc la qualification comme européenne de certains films britanniques. La programmation de films et de fictions TV par les chaînes continentales représente de 10 à 15 % de leur programmation européenne : atteindre l'objectif d'une programmation majoritaire d'œuvres européennes sans pouvoir comptabiliser les œuvres européennes deviendrait impossible pour un grand nombre de diffuseurs (en particulier dans les pays nordiques et dans les pays d'Europe centrale, friands de fictions britanniques).

A l'inverse, pour les diffuseurs et les distributeurs des Etats membres de l'Union européenne, l'accès au marché britannique risque de devenir encore plus difficile, ne serait-ce qu'en résultat de la baisse de la livre sterling. L'autorité britannique, l'OFCOM, ne s'est jamais souciée sérieusement du respect des objectifs de promotion des œuvres européennes par les fournisseurs de services britanniques. Il est

²⁵Cette hypothèse a été formulée publiquement par Jos Berger, Président et Directeur général de Warner Entertainment UK, Ireland and Spain lors d'une conférence RTS. J. CLOVER, "Brexit could lead to loss of offshore channels", *Broadband TV News*, 28 September 2016, <http://www.broadbandtvnews.com/2016/09/28/brexit-lead-loss-offshore-channels/>

évident que débarrassée des obligations de faire rapport à la Commission, elle s'en préoccuperait encore moins.

Il serait donc probablement opportun – même si cela apparaît regrettable du point de vue de la diversité culturelle – que la définition des œuvres européennes dans la Directive soit revue de manière restrictive (œuvres produites dans l'Union européenne ou dans les pays de l'Espace économique européen) afin d'éviter une asymétrie qui serait bénéfique uniquement aux producteurs britanniques. Si les œuvres britanniques ne sont plus comptabilisables comme européennes, les seuils d'œuvres européennes à atteindre par les diffuseurs et les éditeurs de services VoD devront certainement être revus à la baisse.

Comme on le voit, loin de faciliter la tâche des législateurs et des régulateurs audiovisuels de l'Union européenne, le Brexit risque bien de poser de nouvelles questions délicates et de modifier le rapport de force en faveur des solutions de régulation les plus libérales, alors même que l'importance croissante des services provenant des pays extra-communautaires devraient rendre nécessaire une approche plus musclée à leur égard. On peut comprendre que les institutions de l'Union européenne ne puissent officiellement considérer l'impact du Brexit sur la Directive SMA tant que la procédure de l'article 50 n'est pas lancée. Mais est-il bien prudent de s'en tenir, pour la révision de ce texte, au calendrier initial, sachant qu'il devra probablement faire partie des textes importants à discuter avec le gouvernement britannique ? Ne serait-il pas plus logique que les Etats membres se donnent le temps de trouver une solution à la question de la réglementation des services établis en dehors de l'Union européenne, obligeant par là-même le gouvernement britannique à mettre sur la table sa stratégie audiovisuelle vis-à-vis de ses partenaires européens ?

La non prise en considération, dès à présent, de manière opérationnelle, du statut des services audiovisuels établis en dehors de l'Union européenne mais visant tout ou partie du marché unique constitue un important vide juridique, un véritable trou dans la couche d'ozone réglementaire. Si ni la Commission ni le Parlement européen ne se penchent sur cette question, il reste à espérer, comme cela s'est passé pour le CETA, qu'un Etat membre au sein du Conseil des Ministres impose une réflexion sur cette question.