

CONSULTATION
sur la directive 2010/13/UE relative aux services de médias audiovisuels
(directive SMA)
Un cadre pour les médias au 21^e siècle

CONTRIBUTION d'EUROKINEMA
Association de producteurs de cinéma et de télévision

N° registre de transparence: 43245696854-79

SYNTHESE

- Assujettir les OTT et plateformes, notamment lorsqu'ils agissent en tant que distributeurs de services de médias audiovisuels en ligne, aux dispositions de la directive SMA (notamment à l'article 13) et de prévoir des conditions de concurrence équitable entre radiodiffuseurs traditionnels et nouveaux opérateurs.
- Revoir les dispositions laxistes de l'article 13 (promotion et financement des œuvres audiovisuelles en ligne) de manière à créer un level playing field au niveau européen.
- Maintenir le statu quo sur les articles 16 et 17 (quotas et obligations d'investissement)
- Laisser les Etats membres disposer du droit de réguler eux-mêmes l'accès de services d'origine extra-européenne à leur territoire sans envisager un régime de coordination communautaire pour ces services.
- Prévoir une faculté pour le pays de destination finale, afin de contrer le "Forum shopping" absolument contraire aux principes de l'Union européenne, de réguler les services qui lui sont destinés principalement sinon exclusivement, même s'ils sont soumis à une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne, pour des objectifs de promotion et de financement de la création exclusivement (application du principe du pays de destination).
- Communications commerciales: Maintien du statu quo pour la publicité sur les services linéaires mais amélioration du régime de protection pour les services non linéaires, de manière à éviter une distorsion dans le marché publicitaire. Protection de l'intégrité des œuvres en matière de publicité commerciale dans le commerce en ligne.
- Ne pas prévoir une réouverture de la directive commerce électronique mais rendre opérable directement la directive SMA lorsque les services prestés sont bien de nature audiovisuelle. A ce titre, on doit clarifier en quoi certains services en ligne sont couverts par la responsabilité éditoriale et assujettir également les distributeurs de services de médias audiovisuels au champ d'application de la directive SMA.

1. Garantir des conditions de concurrence équitables

Services auxquels s'applique la directive SMA

SÉRIE DE QUESTIONS 1.1

Les dispositions concernant les services auxquels la directive s'applique (émissions télévisées et services à la demande) sont-elles toujours pertinentes¹, efficaces² et équitables³?

Pertinentes? OUI – NON – SANS OPINION

Efficaces? OUI – NON – SANS OPINION

Équitables? OUI – NON – SANS OPINION

Avez-vous connaissance de problèmes (p. ex. relatifs à la protection des consommateurs ou à un désavantage concurrentiel) dus au fait que certains services audiovisuels ne sont pas régis par la directive SMA?

OUI – NON (si oui, veuillez préciser ci-après)

Option que vous privilégiez:

a) *Maintenir le statu quo.*

b) *Faire publier, par la Commission européenne, des orientations précisant le champ d'application de la directive SMA. Aucune autre modification du droit de l'Union ne serait prévue.*

c) *Modifier d'autres actes législatifs que la directive SMA, notamment la directive sur le commerce électronique. Cette option pourrait être complétée par des initiatives d'autorégulation et de corégulation.*

d) *Modifier la directive SMA en étendant l'application de la totalité ou d'une partie de ses dispositions, par exemple, aux fournisseurs proposant du contenu audiovisuel qui ne peut être qualifié de «type télévisuel» ou aux fournisseurs hébergeant du contenu généré par les utilisateurs.*

e) *Autre option (veuillez préciser).*

Les obligations en matière d'exposition et d'investissement (article 16 et article 17) des services linéaires sont fondées sur leur nature de médias de masse et le rôle qu'elles assurent dans le développement de la création audiovisuelle européenne est fondamental.

Des études récentes prouvent que les services de médias linéaires continuent à avoir un impact de masse sur le public, ce qui justifie le maintien du niveau des obligations actuelles concernant ces services.

Parallèlement, les services de médias audiovisuels à la demande ont les caractéristiques suivantes:

- Ils ont un impact de masse sur le public (en terme d'accès et de consommation) et ceci entraîne des conséquences considérables à l'égard de la création européenne (financement de la création, promotion de la diversité culturelle);

¹Analyser la pertinence consiste à étudier le rapport entre les besoins et problèmes recensés dans la société et les objectifs de l'intervention.

²Analyser l'efficacité consiste à déterminer dans quelle mesure l'action de l'UE a atteint ses objectifs ou s'en est rapprochée.

³Dans quelle mesure les différents effets sont équitablement répartis entre les diverses parties prenantes?

- Le public fait a priori confiance aux marques sous lesquelles sont édités les services non linéaires: le corollaire est qu'un principe de responsabilité éditoriale leur soit imposé;
- La convergence entraîne une interaction économique forte entre les différents marchés linéaires et non linéaires.

Ceci justifie que la régulation des services de médias audiovisuels à la demande soit renforcée et qu'elle puisse se rapprocher, autant que faire se peut, du niveau de régulation des services linéaires.

L'environnement télévisuel constitue un type de média pour lequel le public est demandeur d'une régulation de haut niveau du fait de l'importance de ces médias pour le maintien des valeurs démocratiques (pluralisme des médias, indépendance des régulateurs nationaux de médias), des valeurs sociétales (protection des consommateurs et des mineurs, protection de la santé publique) et des valeurs culturelles (promotion de la diversité culturelle et des contenus).

Nous développerons les voies et moyens envisageables dans la suite de la consultation.

Le domaine coordonné de la directive SMA s'est appliqué au premier chef aux services radiodiffusés tels que définis à l'article 1^{er}, paragraphe 1, i)

Article premier

1. Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) «service de médias audiovisuels»:

i) un service tel que défini aux articles 56 et 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias et dont l'objet principal est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2, point a), de la directive 2002/21/CE. Un service de médias audiovisuels est soit une émission télévisée au sens du point e) du présent paragraphe, soit un service de médias audiovisuels à la demande au sens du point g) du présent paragraphe;

La question de la régulation des services de médias audiovisuels à la demande au niveau européen s'est posée plus récemment. Une première tentative visant à octroyer un cadre européen aux services de médias en ligne a été obtenue par la révision de la directive Télévision sans frontières, renommée à cette occasion, directive Services de Médias Audiovisuels⁴.

Le paysage gagne en complexité avec le développement économique des plateformes et services OTT (over-the-top⁵) qui, pour certains d'entre eux, prestent du contenu audiovisuel.

La convergence, la numérisation des contenus, les modalités d'accès tendent à accroître les conditions de concurrence entre les fournisseurs de nouveaux services et les acteurs historiques (radiodiffuseurs). La différence de traitement entre les deux catégories d'acteurs pourrait entraîner de sérieuses distorsions en matière de promotion de la **diversité culturelle** et de **pluralisme des**

⁴ Directive 2010/13/UE du 10 mars 2010 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»)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0013&from=FR>

⁵ OTT (Over-the-top) ie. Online content aggregators operating on web global market as content services providers. These big operators (Google, Facebook, Netflix, Skype) do not own the infrastructure nor bear any expenses to carry their content to the viewers.

médias. Les dispositions en vigueur de la directive SMA sont de nature à stimuler les écosystèmes de médias à l'échelle nationale ou régionale. La réussite de la directive TVSF, puis de la directive SMA est d'avoir concouru dans le respect du principe de subsidiarité à l'organisation des paysages audiovisuels nationaux et régionaux et d'avoir aidé à la stabilisation des marchés nationaux de radiodiffusion, notamment dans le contexte de l'organisation du duopole télévisions publiques – télévisions commerciales.

Les systèmes nationaux ou régionaux de promotion, création, production d'œuvres créent des effets économiques positifs et, par la création d'œuvres variées, contribuent à la diversité culturelle européenne. Ces règles peuvent coexister avec les principes de base du marché intérieur et la libre circulation des services.

Dès lors, en prenant comme base les principes développés par les articles 16 et 17 relatifs aux services linéaires et par l'article 13 (services non linéaires), il convient d'étendre à l'ensemble **des services, y inclus les plateformes et OTT délivrant ou fournissant des services audiovisuels professionnels**, les dispositions de la directive SMA en matière de promotion, création et production des œuvres européennes.

Dès lors, l'émergence d'une série de nouveaux opérateurs, dont les caractéristiques sont mal définies mais qui agissent bel et bien en tant qu'opérateurs de services de médias audiovisuels, implique que soient traités différents points:

- Leur assujettissement à la directive SMA et aux obligations qu'elle emporte;
- Pour les industries de programmes (cinéma et œuvres télévisuelles), l'implication de ces plateformes souvent d'origine non européenne disposant d'une masse critique conséquente dans le financement de la création par le réinvestissement d'un pourcentage significatif du chiffre d'affaires est un objectif politique vital;
- Les règles relatives aux communications commerciales doivent également être examinées de manière à assurer des conditions de concurrence loyale dans l'accès au marché publicitaire et à ne pas affaiblir la position concurrentielle des médias traditionnels car ceci serait également de nature à créer un effet négatif sur les investissements des radiodiffuseurs dans les industries de programme.

Ce choix est d'autant plus fondamental que les plateformes et les OTT sont pour la plupart d'entre eux d'origine extra-européenne, n'apportant dès lors qu'une valeur ajoutée très relative à l'économie européenne (impôt sur les sociétés, création d'emplois, respect des règles éthiques). Leurs comportements suscitent d'ailleurs de plus en plus la réticence des pouvoirs publics.

Ainsi que l'indique la Commission, une évaluation complète des plateformes et intermédiaires en ligne devrait être effectuée à la fin de 2015. Cette évaluation est fondamentale. Elle devrait permettre d'identifier notamment :

- a) Les opérateurs qui présentent des contenus audiovisuels.
- b) Lesquels sont, ou devraient, être d'emblée assujettis à la directive SMA (dès lors que de facto ou de jure, ils sont caractérisés par la responsabilité éditoriale qu'ils appliquent ou devraient appliquer).
- c) L'identification de la juridiction de rattachement de ces services, qu'ils soient situés au sein de l'Union européenne ou hors Union européenne.
- d) Les obligations légales auxquelles devraient être assujettis les OTT et plateformes et autres services en ligne prestant des services audiovisuels notamment en matière de financement et de promotion des œuvres audiovisuelles.

e) L'identification des opérateurs agissant en tant que distributeurs de services audiovisuels.

Une autre question importante posée par la Commission concerne l'éventuelle révision et modification de la directive commerce électronique.

Certains types de prestations audiovisuelles (nous pensons *ici* par exemple aux contenus vidéo des sites d'information des journaux) sont actuellement soit assimilés à la directive commerce électronique pour certains Etats membres soit à la directive SMA pour d'autres Etats membres⁶.

Dès lors qu'un service de contenu audiovisuel est sans équivoque identifiable en tant que tel, le rattachement de ce service au champ d'application de la directive SMA devrait être obligatoire. De même, certains opérateurs ne sont pas couverts par le champ d'application de la directive SMA, il en va ainsi des distributeurs de services de médias audiovisuels, c'est-à-dire les opérateurs organisant une offre de services audiovisuels et donnant accès à cette offre au public⁷. Ils devraient en conséquence être inclus et pour ce faire, la directive SMA devrait être modifiée.

A contrario, les services identifiés comme relevant du champ d'application de la directive SMA doivent être dûment soustrait au champ d'application de la directive commerce électronique.

Les options a) et b) ne paraissent pas suffisantes pour assurer le respect, tant des obligations conventionnelles de la Convention UNESCO que pour garantir un cadre équitable en matière de concurrence.

Champ d'application géographique de la directive SMA

SÉRIE DE QUESTIONS 1.2

Les dispositions concernant le champ d'application géographique de la directive sont-elles toujours pertinentes, efficaces et équitables?

Pertinentes? OUI – NON – SANS OPINION

Efficaces? OUI – NON – SANS OPINION

Équitables? OUI – NON – SANS OPINION

Avez-vous connaissance de problèmes (p. ex. relatifs à la protection des consommateurs ou à un désavantage concurrentiel) causés par le champ d'application géographique actuel de la directive SMA?

OUI – NON (si oui, veuillez préciser ci-après)

⁶ Voir les commentaires de la Commission européenne dans Executive summary of contributions to the public consultation on the Green Paper "Preparing for a Fully Converged Audiovisual World" p. 6 [Publication of the summaries of the Green Paper replies | Digital Agenda for Europe | European Commission](#)

⁷ Les acteurs de la distribution de contenus incluent:

- Les fournisseurs d'accès à Internet lorsqu'ils distribuent des services de médias audiovisuels à la demande;
- Les gestionnaires de magasins d'applications incluant des services de médias audiovisuels à la demande;
- Les services de la société de l'information lorsqu'ils mettent à disposition une offre constituée de services de médias audiovisuels (par exemple, les plateformes communautaires lorsqu'elles mettent à disposition une offre constituée de services de médias audiovisuels qu'elles ont sélectionnés.

(voir à ce propos la contribution de la France à la consultation de la CE sur le Livre vert "Se préparer à un monde audiovisuel pleinement convergent : croissance, création et valeurs", point 5 – cadre réglementaire, 22.11.2013)

Option que vous privilégiez:

- a) *Maintenir le statu quo.*
- b) *Étendre le champ d'application de la directive aux fournisseurs de services de médias audiovisuels établis hors de l'UE qui s'adressent à des publics dans l'UE. On pourrait le faire, par exemple, en exigeant de ces fournisseurs qu'ils s'enregistrent ou désignent un représentant dans un État membre (par exemple, le principal pays cible). Les règles de l'État membre d'enregistrement ou de représentation s'appliqueraient.*
- c) *Étendre le champ d'application de la directive aux fournisseurs de services de médias audiovisuels établis hors de l'UE qui s'adressent à des publics dans l'UE et dont la présence dans l'UE est significative en termes de part de marché/chiffre d'affaires. Comme pour l'option b), on pourrait le faire, par exemple, en exigeant de ces fournisseurs qu'ils s'enregistrent ou désignent un représentant dans un État membre (par exemple, le principal pays cible). Les règles de l'État membre d'enregistrement ou de représentation s'appliqueraient.*
- d) **Autre option (veuillez préciser).**

Les opérateurs établis hors de l'Union européenne et fournissant des services de médias audiovisuels destinés à des publics dans l'Union européenne relèvent de la responsabilité de l'Etat de destination.

Pour les émissions par satellite, ceci n'a pas entraîné de dysfonctionnement majeur (lié sans doute à ce que le marché satellitaire transnational n'a jamais joué un rôle économique dans le marché de la diffusion primaire des contenus).

Les plateformes et OTT sont soit sous juridiction US ou autre pays non UE, soit ont opté – pour certains des services qu'ils présentent – pour un point de rattachement en Europe, c'est-à-dire le choix de la juridiction d'un Etat membre (la clarification de la juridiction devra être un élément de l'étude promise sur les plateformes par la Commission en 2015 (voir supra)).

Nous nous prononçons pour le maintien du statu quo, à savoir la plénitude conférée aux Etats membres de gérer l'accès à leur territoire des services n'ayant pas de juridiction dans un Etat membre de l'Union européenne.

Localisation des opérateurs étrangers⁸

Sont établis aux Etats-Unis :

- *Les services VOD de Google visant les marchés européens (Royaume-Uni, Allemagne, France, Espagne) (Google Play movies), clairement opérés par Google Inc.*
- *Les magasins d'applications de Google Play, également opérés par Google Inc.*
- *Les plates-formes ouvertes de Youtube (opérées par la filiale de Google Youtube LLC)*
- *Les services de VOD payante (peu connus mais bel et bien existants) de Youtube (à vérifier) uniquement en France, Allemagne et Royaume-Uni: <http://www.youtube.com/user/YouTubeMoviesFR>*
- *Les services en anglais, français, allemand et turc de MUBI opérés par la société Bazaar Inc.*

⁸ Extrait de la contribution d'EUROKINEMA à la consultation sur le livre vert "Se préparer à un monde audiovisuel pleinement convergent: croissance, création et valeurs" (29.08.2013)

http://www.eurocinema.eu/docs/Reponse_EUROKINEMA_LV-convergent_final_29.08.2013.pdf

La filiale irlandaise de Google est utilisée pour enregistrer les recettes publicitaires de Youtube et les recettes d'achats sur Google Play, mais les mentions légales de tous les services indiquent clairement que les services sont fournis par Google Inc. et Youtube LLC.

Ce qui est moins clair (parce qu'il n'y a aucune indication visible sur les sites), c'est l'identification des sociétés éditrices des branded channels (Disney, Warner, Fox..) des majors sur les iTunes stores et des chaînes thématiques américaines visant l'Europe. Selon certains professionnels les "branded channels" des "studios and networks" qui existent sur les stores de iTunes à destination du Royaume-Uni, de la France et de l'Allemagne sont gérés directement **à partir des Etats-Unis**. Il est possible qu'il en soit de même pour les branded channels de Walt Disney et de Pixar qui existent dans la plupart des iTunes Store à destination de l'Europe?

D'autres groupes américains ont choisi comme pays d'établissement de leurs services à la demande la République tchèque (HBO et le service Voyo de Central European Media enterprises, visant l'Europe centrale et orientale).

Il faut aussi rappeler que les deux principaux services VoD présent dans les stores de SmartTV sont établis en Suisse, pays qui n'a pas transposé l'article 13 de la directive SMA : Acetrax (racheté au printemps dernier par news Corp) et Vewster.

Une autre question: quelles sont les sociétés qui gèrent les stores des SmartTV (Samsung, LG, Philips, etc.). c'est une question sur laquelle il va être important d'attirer l'attention des législateurs car c'est dans le contrôle de ces stores que va bientôt se jouer l'accès.

Les services audiovisuels à la demande à destination des pays européens de Apple (iTunes Store), ceux de Microsoft (XBoxLive et, apparemment, la plupart des portails MSN) et ceux de Netflix sont établis au Luxembourg et relèvent donc de la juridiction de ce pays (et de la Directive SMA).

En ce qui concerne les iTunes Store de Apple, les services à destination de l'Afrique, du Moyen-Orient et de l'Asie (à l'exception du Japon) sont fournis par la société luxembourgeoise iTunes Sarl. 77 iTunes Stores (y compris celui desservant la Chine !!) seraient établis au Luxembourg. <http://www.apple.com/legal/itunes/ww/>

La situation est moins claire pour les portails MSN de Microsoft, mais les "3Terms of use" font assez régulièrement référence à la filiale luxembourgeoise et sont, jusqu'à preuve du contraire, établis au Luxembourg.

Les services à la demande de Sony sont par contre établis au Royaume-Uni. Les services VoD d'Amazon sont établis au Royaume-Uni (pour le service britannique et les services à destination des pays nordiques) et en Allemagne (pour le service allemand).

(*) L'Observatoire européen de l'audiovisuel m'a fourni les données. L'interprétation reste la mienne

2. Assurer un niveau optimal de protection des consommateurs

SÉRIE DE QUESTIONS 2.1

Les règles actuelles concernant les communications commerciales sont-elles toujours pertinentes, efficaces et équitables?

Pertinentes? OUI – NON – SANS OPINION

Efficaces? OUI – NON – SANS OPINION

Équitables? OUI – NON – SANS OPINION

COMMENTAIRES:

Avez-vous connaissance de problèmes (p. ex. relatifs à la protection des consommateurs ou à un désavantage concurrentiel) causés par les règles de la directive SMA régissant les communications commerciales?

OUI – NON (si oui, veuillez préciser ci-après)

Option que vous privilégiez:

- a) Maintenir le statu quo.
- b) Assouplir les règles concernant les communications commerciales, notamment celles fixant des limites quantitatives à la publicité et aux interruptions de programmes.
- c) Rendre plus strictes certaines règles, en matière de publicité, qui visent à protéger les téléspectateurs vulnérables, notamment celles concernant la publicité pour l'alcool ou les produits riches en graisses, en sel et en sucres.
- d) Autre option (veuillez préciser).

Les dispositions actuelles de la directive SMA relatives aux services linéaires paraissent équilibrées. Elles sont le fait, comme le reste des dispositions de la directive de négociations complexes entre les Etats membres.

Au-dessus de 12 minutes de publicité par heure, on peut se demander si les programmes radiodiffusés offerts "gratuitement" (quoique financés par la redevance ou la publicité) et notamment les œuvres cinématographiques et audiovisuelles resteraient attractives. Il semble que le statu quo sur les dispositions actuelles est envisageable.

En revanche, il reste très discutable d'imposer un régime différencié, c'est-à-dire plus léger, aux services non linéaires.

La distinction entre services linéaires et non linéaires n'est pas justifiée en matière de communication commerciale. La notion de « degré de contrôle » que l'utilisateur serait en mesure d'exercer reste relativement hypothétique pour les services non linéaires et ne peut certainement pas justifier systématiquement une forme d'allègement de la réglementation pour ces services. S'il est clair que le choix du programme non linéaire relève de la décision de l'utilisateur, une fois son choix effectué, le consommateur se retrouve dans une situation de visionnement similaire à celle d'un service linéaire et il est dès lors en droit d'exiger un niveau de protection équivalent à celui existant dans les services linéaires (par exemple, en matière de santé publique).

Les auteurs, réalisateurs, producteurs d'œuvres européennes sont par ailleurs en droit d'obtenir des autorités publiques une protection quant au traitement qui peut être apporté à leurs œuvres lors d'une diffusion en ligne (mutilation, segmentation, ajouts éventuels, transformation de l'œuvre). Cet aspect éthique doit être nécessairement pris en considération au titre de l'intégrité des œuvres et de la liberté de création.

L'autre aspect dont il doit être tenu compte est la juste répartition de la ressource publicitaire. Dans le passé, ceci a été l'objet de l'organisation du duopole chaînes publiques et chaînes commerciales.

Les communications commerciales demeurent une ressource considérable et vitale pour les services linéaires (TV commerciales et dans bien des cas chaînes publiques) et pour la croissance

des services non linéaires⁹. Imposer moins de contrainte en matière de réglementation des communications commerciales aux services non linéaires, sous prétexte que le consommateur est libre de son choix, reste une notion très discutable dès lors que l'équilibre économique et concurrentiel entre services linéaires et services non linéaires risque d'être affecté. Un ajustement de la réglementation devra être effectué sur ce point.

4. Promouvoir le contenu audiovisuel européen.

SÉRIE DE QUESTIONS N° 4

Les dispositions de la directive SMA sont-elles toujours pertinentes, efficaces et équitables pour promouvoir la diversité culturelle, en particulier celle des œuvres européennes?

Pertinentes? OUI – NON – SANS OPINION

Efficaces? OUI – NON – SANS OPINION

Équitables? OUI – NON – SANS OPINION

COMMENTAIRES:

Pour ce qui est des œuvres européennes, y compris non nationales (c'est-à-dire produites dans un autre pays de l'Union), les catalogues proposés par les prestataires de services de médias audiovisuels en contiennent:

a) ni trop ni trop peu;

b) trop;

c) pas assez;

d) sans opinion.

COMMENTAIRES:

Souhaiteriez-vous pouvoir voir plus de films produits dans d'autres pays de l'Union?

OUI – NON – SANS OPINION

Avez-vous déjà été confronté à des problèmes causés par les règles de la directive SMA concernant la promotion des œuvres européennes, ou avez-vous connaissance de tels problèmes?

OUI – NON (si oui, veuillez préciser ci-après)

Quels sont les avantages des exigences de la directive SMA pour la promotion des œuvres européennes? Vous pouvez mentionner des avantages tant qualitatifs que quantitatifs (par exemple plus grande visibilité ou recettes plus importantes).

Avantages: (voir réponse ci-dessous)

En tant que prestataire de services de médias audiovisuels, quels coûts liés aux règles de la directive SMA concernant la promotion des œuvres européennes avez-vous subis/supportés, y compris ceux découlant d'obligations de déclaration? Pouvez-vous fournir une estimation de l'évolution de vos coûts du fait de l'entrée en vigueur des exigences de la directive SMA sur la promotion des œuvres européennes?

Coûts:

Option que vous privilégiez:

⁹ Leur financement relèvera à terme d'un financement mixte (ressources publicitaires et abonnement ou paiement à l'acte).

¹⁰ En 2014, la publicité en ligne représente 24 milliards d'Euros et la publicité télévisuelle 28 milliards d'Euros.

a) *Maintenir le statu quo.*

b) *Abroger les règles de la directive SMA concernant la promotion des œuvres européennes pour la radiodiffusion et/ou les services à la demande. Cela aurait pour conséquence de ne plus harmoniser, au niveau de l'Union, la promotion des œuvres européennes, qui ne serait plus régie que par les règles nationales.*

c) *laisser aux prestataires une plus grande souplesse quant au choix des mesures de promotion des œuvres européennes ou à la manière dont elles sont mises en œuvre.*

Cela pourrait impliquer, par exemple, une plus grande latitude laissée aux télédiffuseurs et aux prestataires de services de vidéo à la demande quant à la méthode de promotion des œuvres européennes.

d) **Renforcer les règles existantes.**

Pour les services de radiodiffusion télévisuelle, un tel renforcement pourrait par exemple se traduire par l'introduction de quotas supplémentaires pour les œuvres non européennes et/ou pour les programmes européens de qualité (par exemple pour la programmation de films, de documentaires et de séries télévisées), ou pour les coproductions; ou par la fixation d'un pourcentage précis (au lieu d'une «proportion adéquate») à réserver aux productions indépendantes récentes¹¹. En ce qui concerne les services à la demande, on pourrait envisager une harmonisation plus poussée en introduisant un dispositif obligatoire (par exemple, l'obligation de mettre en avant les œuvres européennes dans le catalogue ou de leur en réserver une part, ou de fournir une contribution financière, soit sous forme d'investissements, soit sous forme de prélèvements) ou une combinaison de tels dispositifs.

Notre association propose d'examiner la question de la promotion des œuvres audiovisuelles en tenant compte des caractéristiques spécifiques aux services audiovisuels linéaires et aux services audiovisuel non linéaires.

- Services audiovisuels linéaires

Les dispositions relatives aux services audiovisuels linéaires sont celles relatives des articles 16 et 17 de la directive SMA

Article 16.1 - Proportion majoritaire du temps d'antenne des diffusions consacrées aux œuvres européennes

« 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. »

Article 17 – 10% du temps d'antenne ou alternativement 10% au moins de leur budget de programmation consacrés à des œuvres européennes émanant de producteurs indépendants.

« 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

¹¹

Œuvres diffusées dans les cinq ans qui suivent leur production.

téléachat, ou alternativement, au choix de l'État membre, 10 % au moins de leur budget de programmation, à des œuvres européennes émanant de producteurs indépendants d'organismes de radiodiffusion télévisuelle."

Dans les rapports d'évaluation de l'application de la directive SMA relatifs aux dispositions des articles 16 et 17, la Commission européenne juge elle-même satisfaisante la mise en œuvre de ces dispositions (voir à ce sujet le rapport d'évaluation de la Commission sur base des données fournies par les États membres)¹²

Par ailleurs, la mise en œuvre de ces dispositions est tempérée à la fois par le « chaque fois que cela est réalisable » et par la prise en compte de l'article 4 qui laissent la souplesse aux États membres et aux services assujettis dans la mise en œuvre de ces obligations.

Article 4

1. Les 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.

De ce fait, il n'est nullement souhaitable d'abolir ces dispositions ni de les revoir et encore moins de les remettre en cause.

Notre association se prononce très fermement pour le **statu quo sur les articles 16 et 17 de la directive SMA.**

L'article 13 de la directive SMA se concentre sur la promotion des œuvres audiovisuelles sur les services audiovisuels non linéaires (services de vidéo à la demande).

Article 13

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

2. Les États membres présentent à la Commission, au plus tard le 19 décembre 2011, puis tous les quatre ans, un rapport sur la mise en œuvre du paragraphe 1.

3. Sur la base des informations communiquées par les États membres et d'une étude indépendante, la Commission soumet au Parlement européen et au Conseil un rapport sur

¹² Premier rapport relatif à l'application des articles 13, 16 et 17 de la directive 2010/13/UE au cours de la période 2009-2010. Promotion des œuvres européennes dans les services de médias audiovisuels linéaires et à la demande dans l'UE. COM(2012) 522 final
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0522&from=FR>

l'application du paragraphe 1, en tenant compte des évolutions commerciales et technologiques, et de l'objectif de diversité culturelle.

Cet article prévoit que les fournisseurs de services de médias promeuvent la production d'œuvres cinématographiques européennes ainsi que l'accès à ces dernières.

La promotion des œuvres audiovisuelles peut se faire selon trois techniques distinctes au choix de l'Etat membre :

- 1) Contribution financière apportée à la production d'œuvres européennes et à l'acquisition des droits pour ces œuvres ;
- 2) La promotion quantitative, c'est-à-dire la part significative réservée aux œuvres européennes ;
- 3) La promotion qualitative, c'est-à-dire la promotion des œuvres européennes dans les catalogues.

Pour l'instant, ces trois options sont substituables les unes aux autres.

Dans son premier rapport¹³ rendant compte de la mise en œuvre de ces dispositions, la Commission interprète de la façon suivante les dispositions de l'article 13 :

« Article 13 does not impose any specific tool to promote European works. It provides examples of means to carry out such promotion: financial contribution to the production and rights acquisition of European works, a share and/or the prominence of European works in the catalogues offered to the public. Article 13 AVMSD has been implemented by Member States in a highly diverse way, going from very extensive and detailed measures to a mere reference to the general obligation to promote European works.»

Le premier rapport sur la mise en œuvre des dispositions de l'article 13 relatif à la promotion des œuvres audiovisuelles sur les services audiovisuels en ligne est extrêmement laconique (et sans doute reflète-t-il le manque d'informations obtenues à ce sujet des Etats membres).

Néanmoins, il peut être établi ici que très peu d'Etats membres ont choisi de combiner les trois options (financement + promotion quantitative + promotion qualitative). Il semblerait même que certains Etats membres soutiennent exclusivement l'option de la promotion qualitative, c'est-à-dire la valorisation des œuvres européennes dans les catalogues sans s'intéresser au stock disponible ni même au financement de la production ou de l'acquisition des droits d'œuvres européennes par les fournisseurs dudit service.

Ce premier rapport met en valeur que certains Etats privilégient la prééminence des œuvres européennes dans les catalogues, soit une option visant à valoriser qualitativement l'accès aux œuvres européennes.

Plusieurs Etats membres ont mis en œuvre des obligations à l'égard des fournisseurs de services de vidéo à la demande de financement de la production d'œuvres européennes ou l'acquisition de ces œuvres.

¹³ [Promotion of European works in practice | Digital Agenda for Europe | European Commission](#) - Juillet 2014

Plusieurs Etats membres combinent cette option avec l'option de promotion quantitative (part importante d'œuvres européennes dans les catalogues).

Apparemment, seule la France combine les trois options. Par ailleurs, la nature des obligations financières varie considérablement. En moyenne, les fournisseurs de services de VOD consacrent 2% du chiffre d'affaires annuel (la France exige 26% du chiffre d'affaires annuel).

Dans leurs réponses, plusieurs autorités de régulation expliquent que les contributions financières constituent l'option la plus efficace car elle permet d'assurer directement la production d'œuvres européennes. Ceci crée un cercle vertueux par le réinvestissement d'une portion des revenus générés par l'exploitation des œuvres européennes dans la production de nouvelles œuvres, ce qui apparaît extrêmement favorable à la diversité culturelle tant au plan national qu'europpéen.

Notre association estime qu'un examen plus poussé de la mise en œuvre des dispositions de l'article 13 doit être envisagé de manière à affiner le dispositif actuel, lequel est assurément trop laxiste.

Une faculté consisterait à obtenir des Etats membres qu'ils acceptent de combiner la mise en œuvre de deux options, soit la contribution financière et la promotion qualitative (proéminence des œuvres européennes), soit la contribution financière et la promotion quantitative (présence d'une majorité d'œuvres européennes dans les catalogues), tout en continuant, pour les Etats membres qui le souhaitent, à bénéficier des dispositions de l'article 4 (mise en œuvre de règles plus détaillées ou plus strictes), de manière à leur permettre de combiner les trois options.

Par ailleurs, les trois options devraient être définies de manière beaucoup plus détaillée de manière à prévoir un "level playing field" permettant de répondre à des conditions de concurrence équitable et à des moyens appropriés de promotion de la diversité culturelle des contenus européens.

A cet égard, la part de financement ou de l'acquisition des droits sur les œuvres audiovisuelles européennes devrait être à tout le moins de **10%** du chiffre d'affaires généré annuellement.

La croissance du marché de la vidéo à la demande et le fait qu'il se soit largement substitué au marché de la vente vidéo physique, sans pour autant compenser réellement les pertes subies par le décroissance du marché de la vidéo physique, nécessite un financement accru des œuvres européennes par les opérateurs de vidéo à la demande.

De même, les options relatives à la promotion qualitative ou quantitative devraient être définies de manière détaillée. En matière de promotion qualitative, on peut suggérer l'exemple canadien visant à inciter le public national canadien à se diriger vers les services nationaux offerts, en conformant les guides de programme électroniques (EPG) pour qu'ils facilitent l'accès de manière privilégiée à ces services (dispositions en matière de référencement des services).

5. Renforcer le marché unique

SÉRIE DE QUESTIONS N° 5

L'approche actuelle est-elle toujours pertinente, efficace et équitable?

Pertinente? OUI – NON – SANS OPINION

Efficace? OUI – NON – SANS OPINION

Équitable? OUI – NON – SANS OPINION

COMMENTAIRES:

Avez-vous connaissance de problèmes concernant l'application de l'approche actuelle?

OUI – NON (si oui, veuillez préciser et expliquer leur ampleur)

Si vous êtes un diffuseur ou un fournisseur de services à la demande, pouvez-vous fournir une estimation des coûts ou des avantages liés à la mise en œuvre des règles correspondantes?

OUI – NON

Estimation des coûts:

Estimation des avantages:

Option que vous privilégiez:

a) Maintenir le statu quo.

b) Renforcer les pratiques existantes en matière de coopération.

c) Revoir les règles sur les mécanismes de coopération et de dérogation, par exemple en prévoyant des dispositions qui les rendent plus efficaces.

d) Simplifier les critères selon lesquels est déterminé quel est l'État membre compétent pour un fournisseur donné, par exemple en tenant compte prioritairement du lieu où sont prises les décisions éditoriales relatives aux services de médias audiovisuels.

e) Changer d'approche et obliger les fournisseurs à respecter certaines règles (par exemple en ce qui concerne la promotion des œuvres européennes) des pays dans lesquels ils fournissent leurs services.

f) Autres options (veuillez préciser).

L'imposition du pays d'origine a été d'un grand bénéfice pour les services radiodiffusés. Ceux-ci, une fois autorisés par le pays d'établissement, disposent d'une liberté de diffusion sur l'ensemble du marché unitaire européen.

Cette règle ne posait pas de problèmes pour les services de radiodiffusion publics, ceux-ci étant établis dans le pays où ils prestent principalement (et d'où ils tirent leurs ressources – redevances ou recettes publicitaires).

La question s'est compliquée avec le développement de la radiodiffusion commerciale. Certains groupes télévisuels cherchent à bénéficier de la liberté d'établissement pour contourner les obligations prescrites par le pays de destination (en matière de protection des mineurs, de régime publicitaire, de contribution au financement des œuvres européennes notamment).

Il est certain que l'apparition des plateformes et des OTT redonne une véritable actualité à la question du principe du pays d'origine et à la question de la liberté d'établissement.

Sans remettre fondamentalement en cause le principe du pays d'origine et la liberté d'établissement (cette dernière étant consacrée par le Traité au titre des libertés fondamentales), il reviendrait à la Commission et au Conseil de proscrire **le dol** entre Etats membres.

En l'occurrence, bénéficiant de la part d'un Etat membre de la liberté d'établissement pour fournir un service ou une prestation destinée à un autre Etat membre et avec l'intention évidente de contourner les obligations spécifiques plus strictes mises en œuvre par cet Etat membre, ne devrait pas être toléré dès lors que le marché pertinent visé est bien celui du pays de destination (et non celui du pays d'origine ayant accordé la licence d'exploitation).

Cette question prend une acuité particulière avec le développement des plateformes et des services en ligne qui, pour certains d'entre eux, bénéficient d'un établissement de circonstance destiné à leur fournir un "tax haven" et plus particulièrement, dans le cas du financement de la production un "levy haven"¹⁴. Selon l'Observatoire européen de l'audiovisuel, plus de 50% des services de vidéo à la demande disponibles dans un Etat membre seraient établis dans un autre Etat membre.

La liberté d'établissement est une chose, le dol en est une autre. Il est regrettable que la fraude puisse être organisée et tolérée, notamment par le Conseil.

En ce qui concerne le marché en ligne, comme il a été dit plus haut, un pays comme la France a cherché à réguler le marché des services audiovisuels en ligne (VAD) avec un haut niveau d'ambition (financement des œuvres audiovisuelles européennes à hauteur de 27% du chiffre d'affaires annuel, obligation d'un stock conséquent d'œuvres européennes dans les catalogues, obligation de promotion des contenus dans lesdits catalogues).

De telles obligations, pour légitimes qu'elles soient compte tenu de la prépondérance de l'économie en ligne au détriment du marché physique de la vidéo et de l'accès facilité pour le consommateur, créent déjà, et à l'avenir vont renforcer, la tentation des opérateurs, en particulier non européens, de contourner la législation française en invoquant un abri de circonstance leur accordant au sein d'un Etat membre franchise d'impôt et franchise d'obligations en matière de promotion des œuvres européennes.

Comme il a été proposé supra, un level playing field au niveau unitaire doit être envisagé en matière de promotion et de financement de la distribution en ligne des œuvres européennes. Néanmoins, ce level playing field ne sera pas suffisant pour combler le fossé entre pays "moins disant" et pays "plus disant" en matière de promotion des services audiovisuels en ligne.

Tant que le "dol" résultant de l'application déficiente de la liberté d'établissement et de liberté de circulation ne deviendra pas un objet de préoccupation du Conseil (et la détérioration inévitable qui est faite de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation et l'hostilité de plus en plus récurrente à la mise en œuvre de ces principes....) et ne sera pas sérieusement sanctionné, **d'autres voies et moyens** devront être envisagés pour assurer le respect strict des législations nationales prévoyant, notamment en matière de promotion des œuvres audiovisuelles, des normes élevées.

Ceci impliquerait de **prévoir la faculté pour le pays de destination** d'appliquer sa législation en matière de promotion des œuvres européennes dès lors que le service en question est

¹⁴ Formule employée par les autorités allemandes dans leurs commentaires relatifs au "European AV Policy in the Digital Era" en date du 11 juillet 2014, page 2.

exclusivement ou principalement (même s'il dispose d'un rattachement légal dans un autre Etat membre) destiné à ce pays.

Dans ce contexte, tout fournisseur de contenus qui commercialise une offre à destination d'un pays autre que le pays d'accueil au sein de l'Union européenne devrait être soumis au régime contributif de ce pays sur la base du chiffre d'affaires généré par ce marché. Ceci devrait donc s'appliquer à tous les services qui développent une activité de commercialisation directe auprès des consommateurs de l'Etat membre concerné d'où ils tirent des recettes (publicitaires essentiellement, voire abonnement ou location, ou vente à l'acte) du marché de cet Etat membre.

Cela présuppose que le fournisseur de contenus :

- 1° dispose d'un établissement stable de référence dans un Etat membre afin qu'il soit soumis à l'ensemble des règles lui permettant de bénéficier du principe de libre circulation dans le marché intérieur ; A ce sujet, M. André Lange indique que de nombreux services ne se sont pas dûment identifiés¹⁵.
- 2° déclare son activité auprès de tous les Etats membres où il **commercialise** (en ce compris la vente d'espaces publicitaires, les recettes de call TV, etc.) son offre.
- 3° installe une comptabilité distinguant les chiffres d'affaires obtenus dans chaque Etat membre.

Le fournisseur devrait disposer d'un établissement stable de référence dans un Etat d'accueil au sein de l'Union européenne et devrait être soumis à l'ensemble des règles de cet Etat (à **l'exception des règles de contribution à la production**) et d'autre part, de plusieurs établissements stables virtuels (correspondant au fait d'exercer une activité économique dans un Etat) qui lui imposerait de respecter les **règles de contribution de chaque Etat dans lequel il est établi virtuellement**.

Cette forme de **dérogation très partielle**, pour raison **d'intérêt général**, au principe du pays d'origine devrait s'appliquer à la fois aux **éditeurs de services** (linéaires et non linéaires) et aux **distributeurs qui proposent une offre commercialisée de SMA**.

Cela nécessiterait d'introduire dans la directive SMA la référence à un **établissement stable virtuel** (critères de commercialisation) visant à astreindre les opérateurs visés par cette disposition à être assujettis aux dispositions de **l'article 13 rénové de la directive SMA**¹⁶ et aux dispositions nationales du pays de destination en matière de promotion et de financement des industries de programmes.

¹⁵ CONTRIBUTION ON THE PUBLIC CONSULTATION ON DIRECTIVE 2010/13/EU ON AUDIOVISUAL MEDIA SERVICES (AVMSD) - By Dr. André Lange, independent expert andre.lange.medart@gmail.com
10 September 2015. <http://alfa.blog.lemonde.fr/files/2015/09/ANDRE-LANGE-CONTRIBUTION-ON-THE-PUBLIC-CONSULTATION-ON-DIRECTIVE-SMA-final-10092015.pdf>

¹⁶ A noter que, à compter de 2015, la TVA est soumise à la réglementation du pays de destination