

comporter 40 % d'œuvres EOF et 60 % d'œuvres européennes (quotas respectivement réduits à 35 % et 55 % lors des trois premières années à compter de la première application); il revient en outre à l'éditeur de veiller à la bonne exposition de ces œuvres sur la page d'accueil de son service.

S'agissant de communications commerciales, le chapitre III du décret précité rend applicables aux Smad certaines dispositions inscrites dans le décret du 27 mars 1992 relatif à la publicité à l'antenne des services de télévision. Ils sont par conséquent concernés par les interdictions suivantes : interrompre certains programmes par la publicité (journaux télévisés, magazines d'actualité, émissions religieuses et émissions pour enfants d'une durée inférieure à trente minutes), interrompre les services religieux, proposer de la publicité pour les boissons comprenant plus de 1,2 degré d'alcool et du parrainage dans les journaux télévisés et les émissions d'information politique.

En cas de manquement d'un éditeur de Smad à ces obligations, la loi permet au CSA d'utiliser les pouvoirs de mise en demeure (article 42 de la loi du 30 septembre 1986) et de sanction (articles 42-1 et suivants de la loi du 30 septembre 1986) à son encontre. Le Conseil est compétent depuis 2013 pour connaître des litiges relatifs à la distribution des Smad dans le cadre de la procédure de règlement des différends.

CONCLUSION

Le processus de révision en cours de la directive SMA pourrait être l'occasion de préciser les conséquences à tirer, au niveau normatif, de l'arrêt rendu par la Cour. Dans ce cadre, les régulateurs des États membres se sont penchés sur les questions de compétence matérielle au sein du sous-groupe dédié de l'Erga (European regulators group for audiovisual media services). Ils ont par ailleurs eu l'occasion de faire valoir leurs propositions en réponse à la consultation publique lancée par la Commission européenne. Dans sa contribution⁶, le CSA a appelé à une clarification de certains critères de définition des SMA, notamment ceux interprétés par la Cour dans l'arrêt commenté. Il a fait part de son souhait d'obtenir un éclairage sur l'articulation entre une approche qualitative et une approche quantitative de la notion d'objet principal. Concernant le critère du « type télévisuel » des programmes, il a souligné que les notions d'identité des publics et d'interprétation dynamique de la notion de programme pouvaient s'avérer contradictoires dans leur application. De manière générale, les précisions apportées devront être guidées par un objectif de régulation égalitaire de tous les acteurs s'adressant au même public, et étant donc en concurrence les uns avec les autres.

L. P. et C. B.

6. <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/contributions-received-public-bodies-avmsd-public-consultation>

Précisions sur la notion de Smad à l'heure de la convergence : du programme à la vidéo, du quotidien en ligne à la VOD

MOTS-CLÉS : audiovisuel, directive SMA, site de presse en ligne

Cour de justice de l'Union européenne, (2^e ch.)

21 octobre 2015

New Media Online GmbH

c/ Bundeskommunikationssenat

332-02

COMMENTAIRE



Julien Grosslerner

Avocat au Barreau de Paris



Charlotte Sadania

Avocat au Barreau de Paris

Le 21 octobre dernier, la CJUE a rendu une décision importante, par laquelle elle précise pour la première fois certains contours de la notion de « *Service de médias audiovisuels* » (SMA), au sens de la Directive 2010/13¹ (la directive). Notion essentielle, dès lors qu'elle conditionne le champ d'application de la directive, le service de médias audiovisuels est appréhendé par de nombreux critères sujets à interprétation, dans un environnement économique et culturel particulièrement mouvant. Neuf ans après l'entrée en vigueur de la directive SMA du 11 décembre 2007², codifiée par la directive SMA du 10 mars 2010, les SMA – et plus précisément les SMA à la demande (Smad) – restent ainsi diversement définis par les Autorités de régulation nationales (ARN) chargées de veiller au bon respect des obligations prévues par la directive³.

1. Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, dite directive Services de Médias Audiovisuels.

2. Directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la Directive 89/552/CEE dite directive Télévision sans frontière.

3. Voir par ex. 35th EPRA meeting, *Towards a Paradigm Shift ? New Services and Scope: « What's in, what's out Revisited »* qui fait état des difficultés et des divergences d'interprétation des différentes ARN dans l'appréhension du champ d'application de la directive SMA. Voir également : Metzdorf J (2014). « The Implementation of the Audiovisual Media Services Directive by National Regulatory Authorities National Responses to Regulatory Challenges ». *JIPITEC*, Vol. 5. <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-5-2-2014/3998>

Si la qualification de Smad des services de *catch up* ou de VOD ne prête pas à discussion, le rattachement à la directive SMA de certains types de « nouveaux médias » suscite davantage d'interrogations. Pour l'EPRA (*European platform of regulatory authorities*), c'est le cas, par exemple, des chaînes professionnelles lancées sur les plateformes hébergeurs type Youtube, des services de *Download to own*, des services de communication locaux ou spécifiques destinés à des publics restreints⁴. C'est le cas, également, des services multimédias hybrides au sein desquels des contenus audiovisuels cohabitent avec d'autres types de contenus, tels que les portails d'information multimédia *on line* exploités par les titres de presse⁵ et dont l'arrêt de la Cour de justice contribue à éclairer le régime juridique.

À l'origine de la question préjudicielle, la qualification d'une rubrique du site internet d'un quotidien local autrichien, le *Tiroler Tageszeitung*, comportant près de trois cents vidéos, de brève durée, constituées notamment de courts reportages sur des événements locaux, sportifs ou culturels et d'extraits de journaux télévisés d'une chaîne de télévision locale. Pour l'autorité de régulation autrichienne (la *KommAustria* puis le *Bundeskommunikationssenat* autrichien), saisie d'un recours, cette rubrique vidéo du site internet constituait un Smad, et en tant que tel devait, conformément à la réglementation autrichienne, faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la *KommAustria*. Il revenait donc à la CJUE, saisie d'un recours préjudiciel par la cour administrative d'Autriche, d'analyser les caractéristiques du service en cause au regard des critères de qualification du SMA posés la directive.

L'une des grandes innovations de la directive SMA du 11 décembre 2007 fut d'étendre le domaine d'application de la réglementation de la télévision aux services non linéaires, les Smad. Au nom du principe de neutralité technologique, et dans le but d'assurer une concurrence non faussée entre les acteurs traditionnels du monde de la télévision linéaire et les services non linéaires, la réglementation des Smad devait s'étendre à l'ensemble des services distribuant des programmes audiovisuels, indifféremment du mode de distribution, et donc y compris en ligne.

L'abandon même du terme « télévision » dans l'intitulé de la Directive 2007/65 au profit du terme « audiovisuel » semblait témoigner d'un changement de paradigme. La réglementation de la télévision avait laissé place à la réglementation de l'audiovisuel, indépendamment des moyens et des modes de communication, même si la télévision linéaire, présumée plus influente, demeurait astreinte à un régime spécifique plus strict que la télévision non linéaire, en vertu de l'approche « différenciée et graduée » du législateur européen. Pour autant, parmi les critères de qualification des Smad, subsiste, dans la Directive 2010/13,

l'exigence d'une comparabilité aux services « de type télévisuel »⁶. L'idée que l'existence d'un rapport de concurrence avec la télévision linéaire justifie, et même conditionne l'élargissement de la réglementation aux services non linéaires transparait également de certains considérants de la directive⁷.

« La télévision linéaire traditionnelle demeure-t-elle en 2015, alors que certains prédisent sa disparition dans les vingt prochaines années, le centre de gravité de la réglementation de l'audiovisuel issue de la Directive 2010/13 ? »

La télévision linéaire traditionnelle demeure-t-elle, en 2015, alors que certains prédisent sa disparition dans les vingt prochaines années⁸, le centre de gravité de la réglementation de l'audiovisuel issue de la Directive 2010/13 ? C'était la position développée par l'Avocat général M. Szpunar, pour qui la réglementation issue de la directive SMA, initialement conçue et appliquée au secteur de la télévision linéaire, ne devait s'étendre que jusqu'à où subsistaient des services directement concurrents de la télévision traditionnelle, les autres services non directement concurrents – les services spécifiquement développés sur internet, les *pure players*

semble-t-il – devant quant à eux être soumis à leur propre réglementation⁹. Mais à l'heure de la convergence des médias, de la télévision connectée, alors que les influences mutuelles de la télévision traditionnelle et de la culture web sont manifestes, que les Youtubers gagnent les plateaux de télévision et que les annonceurs se dirigent vers la toile, la Cour de justice a choisi une autre approche.

En décidant que la rubrique vidéo de la déclinaison web d'un titre de presse quotidien pouvait être qualifiée de Smad dans la mesure où les vidéos ne présentaient pas de lien particulier avec les autres contenus du site, la Cour de justice a éclairé le sens et les modalités d'appréciation de certains critères de qualification du SMA posés par la directive en présence d'un service de médias "hybride", tel que celui en cause. Elle a, surtout, démontré sa volonté d'interpréter de manière extensive ces critères de définition, et ce faisant, de voir appliquer largement le régime des Smad (I). La décision aura potentiellement des conséquences sur le cadre juridique de certains types d'acteurs, même si elle ne couvre pas l'ensemble des questions posées par le sujet (II). Elle arrive, en tout état de cause, à un moment où la discussion est officiellement ouverte par le législateur européen.

6. Directive 2001/13, Considérant 24: « Les services de médias audiovisuels à la demande présentent la caractéristique d'être "de type télévisuel" ce qui signifie que, s'adressant au même public, ils sont en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle et que, vu le type et le mode d'accès au service, l'utilisateur pourrait normalement s'attendre à bénéficier d'une protection réglementaire dans le cadre de la présente directive. Par conséquent, afin d'éviter les disparités en ce qui concerne la libre circulation et la concurrence, la notion de "programme" devrait être interprétée d'une manière dynamique qui tienne compte de l'évolution de la radiodiffusion télévisuelle. » L'art. 1, § 1, b) de la Directive 2001/13 reprend dans la définition du « programme » une même exigence de comparabilité, par la « forme et le contenu », aux programmes « de la radiodiffusion télévisuelle ». Cette exigence ne s'applique donc pas uniquement au service, mais aux programmes eux-mêmes.

7. Directive 2001/13, Considérants 11 et 21.

8. Propos attribués à Reed Hastings, le PDG de Netflix.

9. Conclusions de l'Avocat général M. Szpunar du 1^{er} juillet 2015, aff. C347/14.

4. Exemple notamment cité in 35th EPRA meeting, *Towards a Paradigm Shift? New Services and Scope: « What's in, what's out Revisited »*.

5. Voir par ex. la Décision de l'Ofcom, ARN du Royaume-Uni, saisie d'un appel sur la qualification de Smad de la rubrique « Sun Video » de la version web du journal *The Sun*: Ofcom, *Appeal by News Group Newspaper Limited against a notice of determination by ATVOD*. 21 December 2011.

I. L'APPRÉCIATION LARGE DES CRITÈRES DE QUALIFICATION DU SMAD

Pour rappel, les SMA incluent les services de télévision traditionnelle – soit linéaire – et les Smad – soit les services non linéaires. La qualification de Smad résulte de la conjonction de sept critères principaux¹⁰ :

- constituer un « service » au sens des articles 56 et 57 du TFUE et donc présenter une nature économique ;
- relever de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur, qui exerce son contrôle dans la sélection et l'organisation des programmes. Ce critère de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de service de médias apparaît, en l'état actuel du droit, essentiel en ce qu'il permet notamment d'exclure de la définition du SMA les plateformes hébergeurs de contenus telles que Youtube ou Dailymotion ;
- avoir pour objet principal la fourniture de programmes audiovisuels, « comparables, par leur forme et leur contenu, aux programmes de la radiodiffusion télévisuelle » ;
- dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer ;
- le grand public ;
- et être transmis au moyen d'un réseau de communications électroniques ;
- Pour être qualifié de Smad, un service doit en outre proposer des programmes accessibles à la demande de l'utilisateur.

Tous ces critères ne semblent pas dotés de la même importance pratique, certains critères apparaissant peu discriminants (finalité d'information, de divertissement, d'éducation ; transmission par un réseau de communication)¹¹. Leur importance varie également bien entendu au regard de chaque situation concrète. En l'occurrence, les doutes de la cour administrative autrichienne provenaient tout d'abord de la nature des contenus accessibles sur le site internet du quotidien autrichien, et de leur comparabilité à des programmes de type télévisuel du fait notamment de leur brièveté (1). La Cour de justice était également amenée à se prononcer sur l'interprétation du considérant 28 de la directive, portant spécifiquement sur les déclinaisons web de journaux (2). S'agissant enfin d'un service multimédia hybride, mêlant articles de presses, photographies, et vidéos, les modalités d'appréciation du critère de l'objet principal du service revêtaient dans le cas d'espèce une importance décisive (3).

10. Résultant de la définition du SMA posée à l'article 1, § 1 a) de la Directive 2010/13, et des considérants. La transposition de ces exigences en droit interne figure à l'art. 2, dernier alinéa de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication : « Est considéré comme (Smad) tout service de communication au public par voie électronique permettant la visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur sa demande, à partir d'un catalogue de programmes dont la sélection et l'organisation sont contrôlées par l'éditeur de ce service. Sont exclus les services qui ne relèvent pas d'une activité économique au sens de l'article 256 A du Code général des impôts, ceux dont le contenu audiovisuel est secondaire, ceux consistant à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échanges au sein de communautés d'intérêt, ceux consistant à assurer, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le seul stockage de signaux audiovisuels fournis par des destinataires de ces services et ceux dont le contenu audiovisuel est sélectionné et organisé sous le contrôle d'un tiers. Une offre composée de (Smad) et d'autres services ne relevant pas de la communication audiovisuelle ne se trouve soumise à la présente loi qu'au titre de cette première partie de l'offre. »

11. Le critère de la « finalité d'information, de divertissement, d'éducation » n'a d'ailleurs pas été transposé par le législateur français.

1. L'appréciation large du critère de « programme télévisuel » : du programme à la vidéo

Par sa première question préjudicielle, la CJUE était invitée à se prononcer sur la notion de « programme », au sens de l'art. 1, § 1, b) de la Directive 2010/13 qui énonce notamment que le programme doit s'entendre du contenu « dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle ».

Les courtes vidéos d'une durée « de 30 secondes jusqu'à plusieurs minutes » et constituées pour l'essentiel de brefs reportages extraits de journaux télévisés d'une chaîne locale ou portant sur des événements sportifs et culturels locaux, de bandes-annonces et de notices de bricolage ou même de « vidéos de lecteurs sélectionnées par la rédaction » pouvaient-elles s'analyser comme des programmes « comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle » ?

L'Avocat général avait plaidé pour une interprétation stricte de la notion de programme de type télévisuel, qui devait selon lui s'entendre des programmes « reprenant les mêmes contenus que ceux autrefois disponibles à la télévision, c'est-à-dire dans le cadre d'un service linéaire », qui entrent seuls en concurrence directe avec les services de télévision. Est-ce à dire que selon lui la qualification de programme aurait dû être réservée aux contenus dont il était formellement établi qu'ils avaient été préalablement diffusés sur une chaîne de télévision ? Une telle approche, si elle présentait l'avantage d'être simple – ce programme a-t-il ou non d'ores et déjà été diffusé par une chaîne de télévision – aurait été simpliste, voire *contra legem*¹².

La pratique décisionnelle de certaines ARN, telle que l'ATVOD au Royaume-Uni, avait consisté à vérifier la comparabilité des contenus aux programmes de type télévisuel au travers d'un faisceau d'indices, au moyen duquel était par exemple vérifié le caractère professionnel des moyens de production des contenus, l'emprunt des conventions télévisuelles¹³, ce qui n'allait pas dans le sens d'une grande sécurité juridique.

La Cour de justice ne s'est pas embarrassée de ces nuances. La question de la brièveté des vidéos est tout d'abord balayée par la Cour, qui relève à cet égard que la définition du programme énoncée par la directive ne comporte aucune condition de durée, et que l'offre télévisuelle comporte en tout état de cause également des programmes courts. Elle relève ensuite simplement que les vidéos extraites des bulletins d'information locale produites par un radiodiffuseur régional entrent en concurrence avec les services d'information de ce diffuseur.

Le critère de la comparabilité aux programmes télévisuels doit s'analyser, selon la lettre de l'article 1, § 1, b) de la directive, au regard de la forme et du contenu des programmes. Il doit donc également être lu à la lumière du considérant 24, qui vise non

12. La directive précise « comparable à ceux de la radiodiffusion télévisuelle » et non pas « d'ores et déjà diffusé » ou autre formulation similaire.

13. Décision de l'ATVOD sur la qualification de la rubrique « Sun Video » qui relevait que les vidéos suivaient les « conventions des programmes TV, avec des génériques, des bandeaux à l'écran annonçant les rubriques, des bandes-son et des animateurs », Ofcom, *Appeal by News Group Newspaper Limited against a notice of determination by ATVOD*, 21 December 2011, point 20.

les programmes directement mais les Smad, précisant que « Les services de médias audiovisuels à la demande présentent la caractéristique d'être "de type télévisuel", ce qui signifie que, s'adressant au même public, ils sont en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle et que, vu le type et le mode d'accès au service, l'utilisateur pourrait normalement s'attendre à bénéficier d'une protection réglementaire dans le cadre de la présente directive. » ; donc à la lumière de l'un des objectifs essentiels de la directive, la préservation d'un rapport de concurrence loyal et équilibré entre les acteurs de l'audiovisuel.

« Les "programmes" se confondent désormais avec les "vidéos" et la réglementation de la télévision deviendrait celle de l'audiovisuel. »

L'interprétation finaliste des dispositions de la directive l'emporte ici sur une interprétation littérale d'un texte qui « n'apparaît pas être à l'épreuve du temps » selon les termes de l'Avocat général Szpunar¹⁴. La directive de 2007 cite en effet des formats classiques de programmes diffusés en télévision : « un film long métrage, une manifestation sportive, une comédie de situation, un documentaire, un programme pour enfants ou une fiction originale ». Mais c'est se conformer à l'invitation du législateur qui avait indiqué que « la notion de "programme" devrait être interprétée d'une manière dynamique qui tienne compte de l'évolution de la radiodiffusion télévisuelle. »¹⁵

À l'heure de la convergence, le critère d'une comparabilité stricte des contenus des programmes apparaît ainsi délaissé au profit d'une approche plus globale fondée sur une relation de concurrence. Or, la Cour de justice apprécie ce rapport de concurrence de manière extrêmement large, comme en témoigne l'analyse du cas des autres vidéos, portant sur des « événements culturels ou sportifs ou à des reportages récréatifs », qui ne sont pas cette fois-ci directement extraits de programmes télévisuels. Elle se contente en effet à cet égard de relever, laconiquement, que ces vidéos « sont en concurrence avec les chaînes musicales, les chaînes sportives et les émissions de divertissement », sans plus de précisions.

Il n'est donc pas question, ici, de faisceau d'indices, de moyens de production, de format, de diffusion préalable par une chaîne de télévision. Il suffit, semble-t-il, qu'une vidéo porte sur un thème également exploité par la télévision linéaire pour qu'elle rentre en concurrence avec les programmes des radiodiffuseurs, et satisfasse par là même au critère de la comparabilité avec les contenus télévisuels. Autant dire, à l'heure où il existe des chaînes et des programmes télévisés sur à peu près tout, que le critère de la comparabilité aux programmes télévisuels est quasiment vidé de sa substance¹⁶.

Cette approche très souple de la comparabilité des vidéos du web aux programmes TV semble faire écho à la convergence économique et éditoriale de la télévision et d'internet, qui se concrétise. D'abord, du point de vue de l'audience et des recettes

publicitaires, des études diverses montrent régulièrement la progression constante de la consommation de vidéos sur internet.

Médiamétrie, par exemple, déclare qu'en 2014, 10,2 millions d'internautes regardent chaque jour des vidéos pour une durée moyenne de 29 minutes¹⁷ – certes inférieure aux 3 h 41 de la TV, mais en progression. Quant au marché publicitaire, Internet – en comprenant le hors vidéo – en représenterait 28,9 % en 2015, et la télévision, 31,8 %¹⁸. Ensuite, sur le plan éditorial, les deux univers se croisent et se nourrissent mutuellement de plus en plus. La télévision s'inspire largement des créatifs du web, voire s'allie avec eux. Par exemple, la chaîne Canal+

a fait appel aux équipes du Gorafi et de Studio Bagel – aujourd'hui filiale du groupe – toutes deux emblématiques du succès de la production web en France – pour créer des chroniques sur sa principale émission de plateau. Canalplay, l'un des principaux services VOD en France, a acquis les droits d'exploitation de Maker Studios, MCN¹⁹ récemment acquis par Disney, pour les intégrer sur son service à côté des films, documentaires, animations et séries – dont *House of Cards*, produite par Netflix. Prenant acte de cette convergence, éditoriale, et économique, la Cour de justice semble presque enterrer, par cet arrêt, le critère du « tv like » en l'appréhendant de manière très large.

La télévision linéaire n'apparaît plus comme le centre de gravité – unique et immuable – de la réglementation SMA. Les « programmes » se confondent désormais avec les « vidéos » et la réglementation de la télévision deviendrait celle de l'audiovisuel. La Cour de justice exclut de ce fait une approche fouillée sur la nature des contenus, qui doivent uniquement être de type audiovisuel, dans la qualification d'un SMA. C'est dire que la personne du producteur des contenus importe relativement peu désormais. Elle exclut pareillement expressément, dans un second temps, une approche fondée sur la personne de l'éditeur de service.

2. Le rejet d'une approche de type « personnelle » : l'indifférence de la personne de l'éditeur de service

Déclinaison web d'un titre de presse, le site internet du *Tiroler Tageszeitung* relevait incontestablement de la catégorie des « versions électroniques des journaux et des magazines », expressément exclue du champ de la directive par le considérant 28²⁰. Simple considérant destiné à éclairer le sens des articles de la directive, le considérant 28 aurait néanmoins pu servir de fondement à une exclusion *per se* des sites édités par les titres de presse du champ de la directive. Selon l'Avocat général, il aurait même dû être interprété comme excluant plus largement tous les portails d'information multimédias, présentant « entre autres des contenus audiovisuels »²¹, indépendamment de la personne de leur éditeur.

17. <http://www.mediametrie.fr/internet/communiqués/l-annee-internet-2014-d-ecrans-de-contenus-d-interactivite-de-complementarite-entre-ecrans.php?id=1213>

18. Source : France, ZenithOptimedia, décembre 2014.

19. Multichannel Networks : sorte de fédérateurs protéiformes (agent, régisseur, marketeur, producteurs, etc.) de talents du web.

20. Directive 2001/13, Considérant 28 : « Le champ d'application de la présente directive devrait exclure les versions électroniques des journaux et des magazines. »

21. Conclusions de l'Avocat général M. Szpunar du 1^{er} juillet 2015, aff. C347/14, point 49.

14. Conclusions de l'Avocat général M. Szpunar du 1^{er} juillet 2015, aff. C347/14, point 34.

15. Directive 2001/13, considérant 24.

16. Sauf à imaginer peut-être certaines thématiques très particulières, ayant trait par exemple à la vie d'une entreprise, d'une institution en particulier. Mais dans ce cas, c'est davantage le critère de la visée du « grand public » qui ne sera pas satisfait.

Témoignant ici encore de sa volonté d'appréhension large du champ d'application de la Directive 2010/13, la Cour de justice a choisi une autre voie en énonçant qu'il « ressort de la Directive 2010/13 qu'une version électronique d'un journal, en dépit des éléments audiovisuels qu'elle contient, ne doit pas être considérée comme un service audiovisuel si ces éléments audiovisuels sont secondaires et servent uniquement à compléter l'offre des articles de presse écrite²². » Ce qui semblait une exception spécifique bénéficiant aux versions électroniques des journaux et magazines est ainsi purement et simplement rattachée au critère de l'« objet principal », critère d'application générale, qui conduit à exclure, conformément au considérant 22 de la directive « tous les services dont la finalité principale n'est pas la fourniture de programmes, autrement dit les services dont le contenu audiovisuel est secondaire et ne constitue pas la finalité principale ». La dérogation bénéficiant aux versions électroniques des journaux ou magazines est donc ici encore réduite à peau de chagrin. C'est que la protection des concurrents et du public, qui est aux fondements de la directive, ne saurait dépendre de la personne ou des activités originaires, principales ou tierces de l'éditeur du site.

3. L'appréciation de l'objet principal recentrée : la rubrique d'un site peut être un Smad

Selon la CJUE, le critère de l'« objet principal » du Smad ne doit pas s'entendre de l'activité principale exploitée sur le site internet du fournisseur. Une telle position ouvrirait, selon elle, la voie à des contournements trop faciles de la réglementation. Un même site internet peut bien contenir une multitude de services, et l'appréciation de l'objet principal ne doit donc pas en conséquence être appréciée au regard de l'ensemble du site internet de l'éditeur. La qualification de Smad peut bien ne concerner qu'une partie du site internet, une simple rubrique, possibilité du reste déjà expressément consacrée par le législateur français²³.

En déplaçant l'analyse de l'objet principal d'un service sur tout ou partie de celui-ci, la CJUE multiplie les probabilités de reconnaître des Smad, là où l'éditeur pensait avoir simplement développé une rubrique vidéo. En zoomant sur un emplacement du service, en le décomposant, la CJUE élargit mécaniquement l'appréhension du critère de l'objet principal. Par ailleurs, indépendamment de l'architecture du site, dans le cadre d'un service hybride, l'objet principal doit être apprécié au regard de la fonction et de l'importance des vidéos par rapport aux autres contenus, en termes qualitatifs donc.

Car c'est aussi en termes de finalité, et de fonction, qu'il convient semble-t-il d'appréhender le critère d'objet principal. Et c'est au travers du critère de l'autonomie des contenus audiovisuels par rapport aux autres contenus non audiovisuels du service que sera appréhendé cet objectif : la distribution de contenus audio-

visuels est-elle, pour le fournisseur de service, une activité, un service en soi ? Les contenus audiovisuels sont-ils distribués pour eux-mêmes, ont-ils « un contenu et une fonction autonomes »²⁴ ou sont-ils secondaires, intrinsèquement liés aux autres contenus non audiovisuels distribués par le service ?

Comment sera appréciée, en pratique, cette autonomie ? S'agissant d'un portail multimédia d'information, l'autonomie devra tout d'abord vraisemblablement s'apprécier en termes qualitatifs. Il conviendra de vérifier si la vidéo ne fait qu'illustrer les idées développées par l'article, ou si, comme il arrive souvent, le texte accompagnant la vidéo ne fait office que d'introduction, de « teaser » ou ne constitue qu'un commentaire ou une description du contenu de la vidéo. Les caractéristiques qui n'ont pas été érigées au rang de critères décisifs par la Cour de justice – la durée des vidéos, l'emploi de techniques et de moyens de production professionnels, la présence, surtout, d'une rubrique vidéo autonome – devraient malgré tout demeurer en pratique des indices importants dans l'appréciation du critère de l'autonomie et du caractère secondaire de l'offre de vidéos.

Il conviendra, dans un second temps, dans le cadre d'une approche plus globale du service, de vérifier quantitativement si une large part de vidéos apparaît prépondérante au regard des autres contenus proposés, ce qui pourra soulever de nouvelles difficultés.

Si la décision risque d'impacter le champ d'application de Smad en élargissant l'appréhension de la notion de programme et d'objet principal, la portée de certains critères, à savoir la responsabilité éditoriale, voire du « mass média », ne sont pas débattus par la décision, alors que s'ouvre le réexamen de la directive.

II. IMPACT, LIMITES ET OUVERTURE

La décision commentée est importante car c'est la première fois que la CJUE se penche sur les critères de qualification des Smad. Toutefois, il faut s'interroger sur son impact réel, à commencer par les types de services qui sont susceptibles d'être maintenant appréhendés par la directive.

1. Quels types de services sont concernés par l'approche extensive de la CJUE

Comme nous le disions en introduction, il ne semble pas y avoir de débat sur l'application de la directive aux services de *catch up* ou de VOD. Ces services ne sont pas donc pas impactés par la décision. De l'autre côté du spectre, nous avons les plateformes d'hébergement de vidéo type Youtube. Or, la décision n'aborde pas la question de la responsabilité éditoriale, critère essentiel de leur qualification d'hébergeur et non de Smad. Ces services ne sont pas donc pas impactés par la décision.

22. Point 26 de l'arrêt.

23. Art. 2 de la loi du 30 septembre 1986, dernier alinéa : « Une offre composée de services de médias audiovisuels à la demande et d'autres services ne relevant pas de la communication audiovisuelle ne se trouve soumise à la présente loi qu'au titre de cette première partie de l'offre. »

24. Point 37 de l'arrêt.

Mais la décision impacte une variété de services qu'il serait trop long de lister ici. Lorsque l'on passe en revue les services aujourd'hui déclarés au CSA²⁵, il semble évident qu'un nombre important de sites n'y est pas. Tout d'abord, bien sûr, sous réserve d'analyse, les rubriques vidéos des sites d'information ou des portails multimédias. Mais encore les sites éditant des vidéos – humoristiques, dramatiques (webséries), pédagogiques (des tutos), des jeux, etc. – et qui viendraient répondre aux critères ainsi posés par la CJUE.

La décision semble être toutefois en phase avec la pratique décisionnelle de certaines autorités de régulation nationales qui avaient déjà pris le parti d'une interprétation relativement extensive des dispositions de la Directive 2010/13²⁶, n'hésitant pas, au moins pour quelques-unes d'entre elles, à qualifier des services tels que celui en cause de Smad²⁷.

Tout en concourant à l'objectif d'application uniforme du droit européen, l'arrêt de la Cour de justice pourra inciter les autorités de régulations nationales les plus hésitantes, qui dans le doute, faisaient prévaloir la liberté, à tenter d'appréhender de nouveaux services.

2. Conséquences pour les services impactés : les obligations pesant sur les Smad

Une fois qu'un service a été identifié en tant que Smad, il doit se conformer à ce régime. Celui-ci se résume pour l'essentiel à des obligations ayant trait :

- à la préservation de l'ordre public, en visant à s'assurer que les programmes ne comportent « aucune incitation à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité » ;
- aux objectifs d'accessibilité des programmes aux personnes souffrant de déficiences visuelles ou auditives ;
- à la réglementation de la publicité, du parrainage et du placement de produits ;
- à la protection des publics mineurs contre les programmes risquant de nuire gravement à leur épanouissement ;
- à la soumission aux règles de la chronologie des médias ;
- à la promotion des œuvres européennes ;
- à la soumission du service au contrôle de l'ARN et, dans certains États membres, à une obligation de déclaration préalable.

25. Il y aurait 124 services déclarés au CSA en 2013 dont la moitié sont des services de *catch up*, le reste étant identifié comme de la SVOD ou de la VOD – voir *Bilan de l'activité et du respect des obligations des Services de Médias Audiovisuels à la Demande en 2013* – CSA.

26. 35th EPRA meeting, *Towards a Paradigm Shift? New Services and Scope*: « What's in, what's out Revisited ».

27. La majorité des ARN saisie d'un cas semblable semble avoir reconnu la qualification de Smad au service en cause: outre l'Autriche, il semble que le Danemark, la Communauté flamande de Belgique, la Slovaquie et la Suède aient pris des décisions qualifiant les rubriques vidéos de déclinaires web de journaux de Smad (cités in Metzendorf J (2014). « The Implementation of the Audiovisual Media Services Directive by National Regulatory Authorities National Responses to Regulatory Challenges ». *JIPITEC*, Vol. 5.) à l'exception notable de l'Ofcom, qui devrait être contrainte de revoir la position qu'elle a exprimée dans sa décision *Sun video*, rubrique vidéo du journal *The Sun*, qu'elle a notamment refusé de qualifier de Smad au motif de la brièveté des vidéos et d'une appréciation du critère de l'objet principal devant être portée sur l'ensemble du site internet, et non sur la seule rubrique vidéo: Ofcom, *Appeal by News Group Newspaper Limited against a notice of determination by ATVOD*, 21 December 2011. •

Même si certaines de ces obligations pouvaient être déjà, d'une manière ou d'une autre, appréhendées par le droit commun, au moins en France (que l'on pense par exemple à la prohibition des discours haineux ou la prohibition de la publicité clandestine, qui pourrait être réprimée sur le terrain de la prohibition des pratiques commerciales trompeuses...)²⁸, la déclaration auprès du CSA entraînera un cadre contraignant auquel ces services échappaient jusqu'alors.

Les obligations de promotion d'œuvres européennes, qui se traduisent en droit interne français par des obligations de diffusion et de contribution restant conditionnées par le décret Smad du 12 novembre 2010²⁹ au dépassement de seuils minimaux de chiffres d'affaires et de diffusion

d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles³⁰ par le service ne devraient cependant qu'exceptionnellement trouver à s'appliquer à ces services "tangents" qui pourraient être impactés par l'arrêt de la Cour de justice.

3. Les autres critères de qualification des Smad : responsabilité éditoriale et mass média

Ainsi qu'on l'a dit, la décision éclaircit les notions de programme et d'objet principal, mais elle ne traite pas de la responsabilité éditoriale et semble ignorer la notion de mass média.

a. La responsabilité éditoriale

Le critère de la responsabilité éditoriale n'est pas en cause dans la décision. En effet, le site est géré par l'éditeur du service qui sélectionne, organise et exploite lui-même le contenu qu'il met en ligne. La CJUE précise même pour les vidéos provenant des lecteurs qu'elles sont « sélectionnées par la rédaction »³¹. La question éditeur/hébergeur réglée pour la France par les décisions de la Cour de cassation du 17 février 2011³² n'est donc pas en cause.

b. L'audience – le mass média

Un autre critère aurait pu faire l'objet de plus longs développements de la part de la CJUE, le caractère de média de masse du service. La directive prend le concept de média de masse à

28. Voir par exemple à ce sujet les déclarations de la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes, qui a récemment déclaré « s'intéresser » aux problématiques de publicité déguisée chez les Youtubers, possiblement constitutives de pratiques trompeuses sur le terrain de l'art. L. 121-1 du Code de la consommation » : http://www.lemonde.fr/pixels/article/2015/12/04/la-repression-des-fraudes-s-interesse-a-la-publicite-deguisee-chez-les-youtubers_4824504_4408996.html#R8RcqlLVq6mRpFT0.99

29. Décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

30. Étant donné l'appréhension large de la notion de programmes on pourra se demander dans quelle mesure la notion d'œuvre est elle aussi impactée.

31. Point 8 de la décision.

32. Cass. 1^{re} civ., 17 février 2011, n° 09-67896, *Bull.*

plusieurs reprises comme critère pour qualifier le SMA³³. Cela peut d'ailleurs paraître étrange que le législateur fasse référence à un critère aussi conceptuel issu de la sociologie des médias. Même si celui-ci a suffisamment évolué au sein des théories sociologiques pour pouvoir y inclure les « nouveaux médias »³⁴. Ceci étant dit, ce que cherche à appréhender la directive par le média de masse, c'est la notion d'audience et donc d'impact sur la société. Or bien que la décision reprenne l'expression « média de masse » – qui était même incluse dans l'une des questions préjudicielles – elle ne développe pas d'argumentation à ce sujet, se limitant à déclarer que « les vidéos en cause au principal s'adressent à un public de masse et sont susceptibles d'avoir sur celui-ci un impact manifeste au sens du considérant 21 de la Directive 2010/13. ».

On ne sait pas si le site en question avait un trafic conséquent ou anecdotique. Certes, il peut paraître délicat d'appliquer une réglementation en fonction de son audience, car elle pourrait rendre encore plus complexe et instable le cadre juridique applicable aux SMA. Mais n'est-ce pas l'impact particulier que peuvent avoir les médias sur la société qui justifie – au moins en partie – leur réglementation ? Un impact plus ou moins grand ne peut-il pas justifier un cadre plus ou moins contraignant ?

De plus, ajuster la réglementation à l'audience serait sans doute complexe mais c'est déjà le cas pour certaines règles applicables aux SMA linéaires – par exemple les obligations vis-à-vis des sourds et malentendants³⁵ – ou non linéaires – par exemple le principe de seuil de chiffre d'affaires pour les obligations de productions. De même, ajouter – ou prendre véritablement en compte – un critère de volume permettrait de répondre de manière pragmatique à une critique pragmatique justement faite par l'Avocat général, à savoir la difficulté pratique de gérer l'ensemble des Smad si l'acception large est confirmée, en filtrant les services n'ayant que peu d'audience. Enfin, ajuster la réglementation à l'audience – et donc à l'impact induit – du service correspond à l'approche graduelle globalement mise en place par le droit communautaire concernant les médias et le numérique. En tout état de cause, le débat mérite d'être posé.

33. Directive 2010/13, Considérant 21 : « 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 (...) ». Et Considérant 22 : « Aux fins de la présente directive, la définition du service de médias audiovisuels devrait couvrir les médias de masse en tant que moyens d'information, de divertissement et d'éducation du grand public, et devrait inclure les communications audiovisuelles commerciales, mais exclure toute forme de correspondance privée, comme les messages électroniques envoyés à un nombre limité de destinataires (...) »

34. Voir la définition par Marshall McLuhan, *Understanding Media*, New York, McGraw-Hill, 1964 et Manuel Castells, « Emergence des "médias de masse individuels" », in *Le Monde Diplomatique* - août 2006.

35. Art.33-1, l al.4 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication, qui fixe un seuil de 2,5 % de d'audience. Ou encore par exemple l'Ofcom's Code on Television Access Services qui prévoit au point 12 l'exclusion de cette obligation pour les chaînes domestiques ayant une audience inférieure à 0,05 %.

CONCLUSION

La CJUE a sans doute souhaité suivre l'évolution des développements des médias notamment en assimilant la notion juridique de programmes à la notion actuelle, et donc plus concrète, de vidéo. Mais la porte ouverte par la CJUE pourrait créer des difficultés pratiques afférentes aux moyens de contrôle des SMA qui seraient nouvellement qualifiés. À quelques mois du réexamen des directives SMA et Commerce électronique, annoncé pour 2016, cette décision serait-elle un message adressé à la Commission, soit pour lui montrer une direction, soit pour la faire réagir ?

Les réactions possibles sont de deux ordres. Soit la Commission décide de réglementer plus largement le secteur de la distribution de contenus et sans doute devra-t-elle développer un modèle graduel qui irait également dans le sens d'un assouplissement des médias traditionnels comme elle a souhaité le faire lors de la refonte de 2007. Dès lors, il serait logique que cette approche graduelle prenne en compte aussi certains acteurs traditionnels comme les chaînes payantes du câble/satellite dont l'audience est plus réduite que de nombreux sites web pour leur accorder un régime plus souple que les autres médias linéaires (comme l'a souligné, du reste, le parlement européen lui-même dans sa résolution de 2013)³⁶. Cela permettrait en plus, par ailleurs, de redynamiser ce secteur en lui permettant de se différencier plus facilement du gratuit.

Soit, comme certains l'appellent de leurs vœux, en incluant des acteurs aujourd'hui purement et simplement exclus de la réglementation SMA comme les magasins d'applications ou les plateformes d'hébergement de vidéos. Certains régulateurs³⁷ proposent pour ces dernières de les rapprocher des distributeurs de service audiovisuels³⁸ tel que définis par la loi de 1986. Il faut en tout état de cause relever une différence fondamentale qui impacte la responsabilité et le rôle que joue chacun dans la société de l'information. Le distributeur audiovisuel sélectionne l'éditeur de service qu'il distribuera. Sa plateforme est fermée, en tout cas sélective. À la différence des plateformes d'hébergement qui par essence sont ouvertes et laissent la possibilité à tout le monde de s'exprimer, ce qui, parfois, peut véritablement favoriser la création et le développement de nouveaux talents.

J. G. et C. S.

36. Proposition de résolution du Parlement européen sur la télévision connectée du 10 juin 2013, (2012/2300. INI), point 10 : « souligne qu'il semble utile de conserver un cadre réglementaire gradué pour les services de médias, mais qu'il ne faut pas fonder cette graduation sur une distinction entre services linéaires et non linéaires, mais plutôt sur les effets potentiels et la responsabilité éditoriale du service de médias concerné, tout en prévoyant une marge d'appréciation appropriée pour les États membres à cet égard ; »

37. Voir notamment la réponse du CSA en date du 3 novembre 2015 à la consultation de la CJUE sur la Directive 2010/13/UE relative aux services de médias audiovisuels (directive SMA) - Un cadre pour les médias au XXI^e siècle - http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?action=display&doc_id=12036

38. Art. 2-1 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication : « Pour l'application de la présente loi, les mots : "distributeur de services" désignent toute personne qui établit avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques au sens du 2^e de l'article L. 32 du Code des postes et des communications électroniques. Est également regardée comme distributeur de services toute personne qui constitue une telle offre en établissant des relations contractuelles avec d'autres distributeurs. »