



L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Boris Barraud, « Les pérégrinations du décret relatif aux services de médias audiovisuels à la demande – Le droit en quête d'un fragile équilibre entre intérêts économiques et culturels », *Revue Juridique des Communications électroniques* 2011, n° 2, p. 63 s.

manuscrit de l'auteur



En quelques courtes années, la révolution du numérique et de l'internet a totalement bouleversé les modes de vies, les façons de penser et les habitudes de travail. Ce constat se révèle particulièrement patent en matière culturelle, des modes de création jusqu'aux questions juridiques de propriété littéraire et artistique. Qu'il s'agisse de musique, d'arts plastiques, de cinéma, de jeu vidéo ou encore de littérature, rien ne sera jamais plus comme avant et les milieux concernés ne le savent que trop bien. Or, en même temps que ces chamboulements constituent une opportunité incontestable et extraordinaire pour la diffusion des savoirs et la transmission du patrimoine, ils revêtent également un habit sombre et synonyme d'inconnu qui oblige les industriels de ces secteurs – mais aussi politiques et juristes – à faire montre d'une vigilance et d'un intérêt de tous les instants afin de ne pas manquer le virage de la dématérialisation totale, celui qui marquera définitivement le fait que l'an 2000 n'aura pas seulement consacré le passage d'un millénaire à un autre, mais aussi et surtout le passage d'une civilisation à une autre.

Les enfants du numérique ont pris le pouvoir, progressent de manière exponentielle jusqu'à bientôt s'imposer sur la planète entière ; et quiconque manquerait leur train risquerait de demeurer *ad vitam æternam* à quai. En conséquence, les modèles économiques muent inexorablement. Plutôt que tenter d'empêcher ou freiner cette évolution – ce qui relève d'une veine utopie –, il s'agit de l'encadrer au mieux, permettre qu'elle ne se réalise au préjudice de rien ni personne. Une vision totalement libérale du marché mènerait à imaginer que la pérennité du financement de la création pourrait être assurée par l'ensemble des acteurs du monde numérique, capables d'œuvrer de concert en ce sens et de s'autoréguler loyalement. Mais en nul endroit de la Terre – et notamment pas en France – l'on ne se laisse attirer par pareille démarche. Le corollaire à l'avènement de cette société de l'information est donc le besoin de réguler ces nouveaux cadres économiques, en particulier par la fiscalité mais également par l'imposition de divers quotas. Ainsi, l'ancien Ministre de la Culture et de la Communication Frédéric Mitterrand pouvait à juste titre constater : « la décennie numérique qui s'achève nous a obligés à constamment moderniser et réinventer notre réglementation »¹.

L'une des plus prégnantes illustrations de ce changement d'univers, des problématiques insolubles qu'il soulève et des difficultés du pouvoir politique à les appréhender est le décret par lequel le Gouvernement a fait œuvre de droit au sujet des services de médias audiovisuels à la demande (SMAD)². Ces derniers incarnent en effet le nouveau défi que la sphère cinématographique et audiovisuelle française est contrainte de relever ; elle qui, jusqu'à présent, a toujours su se tirer

¹ Discours du Ministre de la culture et de la communication, Frédéric Mitterrand, lors du colloque 2010 des Nouveaux Paysages Audiovisuels (NPA), disponible sur <<http://www.culture.gouv.fr/mcc/Espace-Presses/Discours/Discours-de-Frederic-Mitterrand-prononce-a-l-occasion-du-colloque-NPA>>.

² V. LAUVAUX (É.), « Services de médias audiovisuels à la demande : les enjeux de la réglementation française », *Légip.*, n° 279, janv. 2011.

remarquablement des dangers afférents aux nouvelles technologies, notamment parce qu'épaulée par des politiques publiques d'une prescience remarquable.

La chronologie des médias – traditionnellement en trois temps : sortie dans les salles obscures, sortie en DVD, diffusion à la télévision – se voit hautement altérée, sa pertinence allant même jusqu'à être mise en doute. Concomitamment, y réside une chance inouïe de rencontrer leurs publics pour des films évincés du box-office après la fameuse première semaine d'exploitation ou qui, tout simplement, ne possèdent pas un budget suffisant pour espérer une exploitation en salles fructueuse¹. En s'intéressant aux SMAD, on s'intéresse donc à un secteur devenu essentiel et qui focalise aujourd'hui l'attention des communautés de la production cinématographique et audiovisuelle. Aussi plusieurs chantiers – tels que la mission Zelnik² ou la mission conduite par la Conseillère d'État Sylvie Hubac sous l'égide du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNCIA)³ – ont été menés afin de préciser le cadre juridique et économique de ces nouveaux services qui, par définition, sont insusceptibles d'entrer dans les lignes déjà tracées et dont on ignore la plupart des atours.

Dans un univers des communications électroniques où l'illégal est désormais maître mot – tant et si bien que le manichéisme jusqu'à présent roi a été renversé par un effroyable brouillard au sein duquel on ne distingue plus le vrai du faux, le bien du mal, ni le légal de l'illégal – et où la gratuité qui l'accompagne est à portée de « clic », la grande priorité et le chantier principal résident évidemment en la promotion et le développement d'une offre légale acceptable et satisfaisante pour tous. Mais que cet équilibre instable est difficile à atteindre tant les intérêts en présence se révèlent fort souvent totalement antinomiques et conflictuels.

Le décret ici en cause a permis la mise en application de la loi du 5 mars 2009⁴ en créant un régime spécifique aux SMAD de soutien à la production et de promotion des œuvres européennes et d'expression originale française, ainsi qu'un cadre réglementaire des communications commerciales adapté à ces nouveaux services. L'enjeu était donc de les insérer de la façon la plus indolore qui soit dans le champ des contributeurs au financement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles, suivant l'exemple des chaînes de télévision.

¹ Par exemple, aux États-Unis, le film *Two Lovers* de James Gray, qui n'était sorti que dans quelques salles de New-York et Los Angeles, a pu doubler ses recettes du fait d'une exploitation en V&D concomitante.

² La mission « Création et Internet » a ainsi préconisé, entre autres, l'application d'un principe d'accès non discriminatoire des SMAD aux réseaux de distribution.

³ Véronique Cayla, Présidente du CNCIA, a confié en 2010 une mission à Sylvie Hubac sur le développement des SMAD. Celle-ci préconisait par exemple la mise en œuvre d'un principe de rémunération minimale garantie par le Code du cinéma et de l'image animée pour l'exploitation des films de cinéma.

⁴ Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision ; v. DALEAU (J.), « Une loi controversée », obs. in *Dalloz actualité*, 20 janvier 2009.

Aurait pu être retenue une définition élargie des SMAD. Cependant, seuls ceux « de type télévisuel », qui par leurs caractéristiques entrent en concurrence avec les services linéaires, sont juridiquement concernés. Les SMAD correspondent à la télévision de rattrapage (TVR)¹ et à la vidéo à la demande (VàD) pour laquelle il est important de distinguer selon qu'elle est accessible par abonnement ou à l'acte. La loi les définit comme tout « service de communication au public par voie électronique² permettant le 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 »³. Contrairement aux services de télévision traditionnels et historiques, le visionnage de programmes n'est donc pas exercé simultanément par un nombre indéterminé d'utilisateurs passifs. Cette différence entre services linéaires et non linéaires est le critère fondamental. En outre, sont exclus du champ de cette définition « les services qui ne relèvent pas d'une activité économique au sens de l'article 256 A du Code Général des Impôts⁴ (c'est-à-dire les sites personnels tels les blogs ou émanant de personnes non assujetties à la TVA) et ceux dont le contenu audiovisuel est secondaire ».

En tant que « services de communication audiovisuelle », les SMAD se voient appliquer – au même titre que les services de radio et de télévision – les principes énoncés aux articles 1^{er} et 3-1 de la loi Léotard⁵. Les éditeurs doivent en conséquence respecter la dignité de la personne humaine et le caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, œuvrer à la protection de l'enfance et de l'adolescence et au développement de la production audiovisuelle nationale, offrir une programmation de qualité et reflétant la diversité de la société française, veiller à l'emploi de la langue française⁶. Ainsi, les SMAD n'ont jamais constitué une zone de non droit et un certain nombre de dispositions légales leur sont applicables depuis toujours.

¹ Proposés par les éditeurs de services de télévision, ces services permettent d'offrir à la demande une nouvelle mise à disposition des programmes diffusés.

² Selon l'art. 2 de la loi du 30 septembre 1986, « on entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée ». Cette définition désigne les services de communication audiovisuelle (communication de point à multipoint) et les services de communication au public en ligne (communication de point à point) et exclut en revanche les activités téléphoniques, courriels et sms.

³ PE et Conseil UE, dir. n° 2007/65/CE, 11 déc. 2007, art. 1^{er} g. ; Loi n° 86-1067, 30 sept. 1986, art. 2.

⁴ Art. 256 A du CGI.

⁵ Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, modifiée par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009.

⁶ V. HAQUET (Ch.), « Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision », *CCE*, n° 4, avr. 2009, ét. n° 8.

La loi du 5 mars 2009 transpose en droit interne la directive Services de Médias Audiovisuels (SMA) du 11 décembre 2007¹, laquelle avait révisé² la directive Télévision Sans Frontières (TSF) du 3 octobre 1989³. L'une des principales innovations du nouveau texte consiste en la prise en considération, pour la première fois, des services non linéaires. Le critère de distinction défini ici est *a priori* très simple : « la faculté de choix et de contrôle que l'utilisateur peut exercer »⁴. Les SMAD ne relèvent donc plus de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁵, tandis qu'il ne semble y avoir aucune difficulté à distinguer les services linéaires des services non linéaires. Or cette distinction est – on le répète – fondamentale puisque les obligations minimales varient des uns aux autres. Les dispositions des articles 4 et 5 de la directive TSF⁶ n'ont pas été étendues au SMAD. Ceux-ci se retrouvent assujettis aux règles spécifiques d'un chapitre II *ter* qui leur est exclusivement réservé. Ainsi, il est indiqué que les États membres veillent à ce que les SMAD soutiennent la production d'œuvres audiovisuelles ainsi que l'accès à ces dernières, au moyen d'une contribution financière à la production et à l'acquisition de droits, ou bien par l'affectation d'une part substantielle du catalogue de programmes aux œuvres d'origine européenne⁷. Et est expliqué que, si les États sont évidemment libres de prendre les mesures qui leur semblent le plus afin de remplir les objectifs imposés, ils doivent néanmoins tenir compte à la fois des conditions commerciales et technologiques existantes et de l'objectif de diversité culturelle, pierre angulaire du droit communautaire⁸. Tout cela n'est pas anodin comme on le verra.

¹ PE et Conseil UE, dir. n° 2007/65/CE, 11 déc. 2007 modifiant la dir. n° 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOUE* n° L 332, 18 déc. 2007, p. 27.

² PE et Conseil UE, dir. n° 97/36/CE, 30 juin 1997 modifiant la dir. n° 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCE* n° L 202, 30 juill. 1997, p. 60.

³ Conseil UE, dir. n° 89/552/CEE, 3 oct. 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCE* n° L 298, 17 oct. 1989, p. 23

⁴ PE et Conseil UE, dir. n° 2007/65/CE, précitée, consid. 16.

⁵ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁶ Or la France, profitant des termes de l'art. 3 impose des obligations plus strictes et détaillées : un quota de diffusion de 60 % d'œuvres européennes dont 40 % d'expression originale française, tandis que les obligations d'investissement des chaînes sont beaucoup plus élevées.

⁷ PE et Conseil UE, dir. n° 2007/65/CE, précitée, art. 3 *decies* : « 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 ».

⁸ PE et Conseil UE, dir. n° 2007/65/CE, précitée, art. 3, § 10, al. 3.

En France en particulier – où l'industrie de la culture dépasse l'industrie automobile de 2,6 % du PNB – donner suite à ces exigences communautaires relevait d'un enjeu cardinal. Dans un espace des médias qui perd le consommateur au creux d'une multiplicité d'offres diverses et variées, il s'agit effectivement d'orienter ce dernier de manière privilégiée en direction des contenus légaux¹, mais également d'origine européenne et nationale. C'est la tâche à laquelle s'attèle la loi du 5 mars 2009² et les SMAD relèvent désormais des articles 33 à 33-2 et 43-7 à 43-10 de la loi du 30 septembre 1986³. Mais encore fallait-il que le Gouvernement – le Ministère de la Culture et de la Communication et la direction générale des médias, de l'information et de la communication (DGMIC) plus précisément – établisse l'acte réglementaire permettant son application. En effet, l'article 55 de ladite loi renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de « définir des obligations adaptées à la nature particulière des services de médias audiovisuels à la demande et les exonérer de l'application de certaines des règles prévues pour les autres services »⁴. Les services en cause devaient donc bénéficier d'un régime *ad hoc*, ce qui obligeait le pouvoir réglementaire à leur consacrer temps et intérêt.

Depuis le 14 novembre 2010, ce texte est en vigueur et constitue le droit positif applicable aux SMAD. Toutefois, son cheminement a été tout sauf « linéaire » ; aussi est-il permis d'évoquer de véritables pérégrinations.

¹ Le contexte économique, on le sait bien, est particulièrement dur et les industries du contenu doivent subir la concurrence de services en ligne constitués de pratiques amateurs, mais surtout le poids de la piraterie en ligne qui conduit à une véritable « destruction des valeurs ».

² V. HAQUET (Ch.), « Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009... », précité.

³ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009.

⁴ Sont concernés les SMAD diffusés par voie hertzienne terrestre (art. 27) ou distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel tels que le câble, le satellite, l'ADSL (art. 33-2). Quant au contenu, il s'agit des règles applicables à la publicité, au télé-achat et au parrainage ; les dispositions propres à assurer le respect de la langue française et le rayonnement de la francophonie ; et pour les services mettant à la disposition du public des œuvres cinématographiques ou audiovisuelles : la contribution des éditeurs de services au développement de la production, notamment de la production indépendante, d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles ; les dispositions permettant de garantir l'offre et d'assurer la mise en valeur effective des œuvres cinématographiques et audiovisuelles, européennes et d'expression originale française ; les conditions dans lesquelles le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut suspendre provisoirement la retransmission des services de télévision relevant de la compétence d'un autre État membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen (art. 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée) ; les conditions dans lesquelles le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut suspendre provisoirement la retransmission des services de médias audiovisuels à la demande relevant de la compétence d'un autre État membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen (art. 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée) ; les conditions dans lesquelles est réputé être soumis aux règles applicables aux services établis en France un service de télévision ou un service de médias audiovisuels à la demande dont la programmation est entièrement ou principalement destinée au public français qui s'est établi sur le territoire d'un autre État membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans le but principal d'échapper à l'application de la réglementation française (art. 43-10 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée).

Sans surprise, les plateformes de VàD ont, dès le mois d'avril 2010, affiché une opposition de principe à tout projet de décret les astreignant à contribuer au financement des œuvres. Sous la pression immuable de ce lobby, le texte avait d'ailleurs été rapidement retouché¹ dans le sens d'une meilleure prise en considération de la relative fragilité de ce secteur encore émergent. Par ailleurs, afin que la rédaction se fasse d'une manière « réaliste et adaptée permettant de trouver un point d'équilibre entre la croissance du marché émergent des SMAD et la contribution de ces nouveaux services à la création et à la préservation de sa diversité »², le Ministre devait faire preuve – outre le respect des dispositions de droit communautaire³ – d'une grande minutie à l'égard de la procédure à respecter. Ainsi a-t-il recouru à plusieurs consultations publiques auprès des professionnels⁴, durant les mois de mai et juin 2010, tandis qu'un groupe de travail réunissant la DGMIC, le CNCIA et le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a été institué afin d'imaginer les règles les plus adaptées à ces nouveaux services. Surtout, était requis un triple avis puisque, outre la Commission européenne, le CSA et le Conseil d'État devaient être consultés avant la promulgation du texte.

Étant doté d'une compétence pour garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle, il relève d'une pure logique que le CSA voit son champ d'action élargi aux SMAD. Ainsi, par exemple, l'autorité fixe dans les conventions conclues avec les services de télévision « les modalités de mise à disposition, sur un service de médias audiovisuels à la demande, des programmes [du] service de télévision dans le cadre d'un service dit de télévision de rattrapage »⁵. En outre, les services de VàD et de TVR étant soumis aux obligations de la loi, le CSA est susceptible de faire usage à leur attention du pouvoir de recommandation qu'il tient de l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986. Il peut enfin, conformément aux articles 42 et suivants, mettre en demeure puis, le cas échéant, sanctionner le non-respect de ces obligations⁶. Dans un contexte que les

¹ Cela lors de sa présentation au mois de juillet 2010.

² Discours du ministre de la culture et de la communication Frédéric Mitterrand lors du colloque 2010 des Nouveaux Paysages Audiovisuels (NPA), précité.

³ Le considérant 13 de la directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 prévoit que « les projets de mesures nationales applicables aux services de médias audiovisuels à la demande qui seraient plus détaillées ou plus strictes que les mesures requises pour la simple transposition de la présente directive devraient être soumis aux obligations de procédure visées à l'article 8 de la directive 98/34/CE » du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaines des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information. Le projet de décret devait donc en premier lieu faire l'objet d'une notification à la Commission européenne.

⁴ V. <http://www.dgmic.culture.gouv.fr/article.php3?id_article=1520>.

⁵ Art. 28 et 33-1 nouveaux de la loi du 30 sept. 1986 modifiée ; v. HAQUET (Ch.), « Loi n° 2009-258... », précité.

⁶ Le nouvel article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée permet au CSA de suspendre provisoirement, non plus seulement la retransmission de services de télévision relevant de la compétence d'un autre État membre, mais également celle de services de médias audiovisuels à la demande qui

nouvelles technologies compliquent chaque jour davantage, que le Gouvernement soit enjoint de solliciter l'estimable et surtout pragmatique opinion de spécialistes impartiaux du milieu de l'audiovisuel est entièrement justifié et légitime.

Seulement c'est un véritable camouflet que le CSA a infligé, le 27 septembre 2010¹, au Gouvernement. Pour la première fois depuis sa création par la loi du 17 janvier 1989², la Haute autorité de la tour Mirabeau s'est en effet opposée aux arbitrages opérés par le pouvoir exécutif en rendant un avis négatif sur un projet de décret. Elle a avancé à cette occasion des arguments économiques forts face à un Ministre de la culture et de la communication soucieux de privilégier avant toute autre chose le protectionnisme culturel (I). Ressort de cette épique confrontation le constat selon lequel intérêts économiques et culturels sont par nature et irrémédiablement inconciliables (II). Si ce n'est pas vainement que le droit quête leur équilibre, en tout cas cet équilibre ne peut qu'être fragile.

I. Une priorité au développement économique des SMAD vitale pour un secteur encore naissant et fragile

L'intervention du CSA emporte la conviction que l'application du texte du Ministère, dans sa version originaire, aurait mené à l'étranglement des éditeurs de SMAD. Ainsi la haute autorité a-t-elle remis en cause au moyen d'arguments empreints de réalisme (B) le contenu du futur décret (A).

A. Les carcans économiquement maladroits et sources de dangers du projet de décret

Tout d'abord, la loi et son décret d'application sont intervenues malheureusement à l'heure où, des deux côtés de la barrière des SMAD, les parties commençaient à se tendre la main. Mais, dès lors que cette main est invisible, les pouvoirs publics ont préféré ne pas lui laisser le temps d'accomplir son œuvre (1). Quant aux dispositions du texte du Ministre de la culture et de la communication, l'on y dénotait une volonté certaine de soumettre les éditeurs de SMAD à des contraintes très intenses (2).

portent ou risquent de porter atteinte à ces principes en dépit d'une demande préalable adressée à l'État compétent de prendre les mesures adéquates pour faire cesser la violation alléguée.

¹ Cet avis a été rendu public le 7 octobre suivant alors que l'usage aurait voulu qu'il ne le soit qu'au jour de publication du décret au journal officiel. Sans doute le CSA et son président Michel Boyon ont-t-ils souhaité renforcer la pression sur le Ministère de la culture et de la communication en présentant au grand public leurs nombreuses réserves.

² Loi n° 89-25 du 17 janv. 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* n° 15 du 18 janv. 1989, p. 728-733.

1. Le recours au décret et la mise à mal des négociations privées

Les organisations professionnelles et entreprises concernées avaient, pour certaines, préféré anticiper le décret d'application et entamer des négociations privées quant à la contribution dans la production cinématographique et audiovisuelle des SMAD. Ces réunions se sont révélées quelques fois fructueuses, aboutissant à des accords importants à la fois en terme financier, mais aussi et surtout du point de vue symbolique. Tout d'abord, à l'occasion des conventions conclues avec les chaînes hertziennes, les raisonnements se sont faits davantage en termes de « média global ». Cela signifie qu'étaient ajoutées dans l'assiette de leurs obligations les recettes publicitaires émanant des services de TVR et de VàD¹. En outre, est particulièrement remarquable l'accord signé en décembre 2008 avec l'opérateur Orange à propos de son offre Orange cinéma séries, soit la combinaison par ADSL de services linéaires mais également non linéaires. Ici, les obligations d'investissement s'avéraient substantielles : 6% (contre 3,6% pour Canal + par exemple) ; et, surtout, étaient prises en compte les recettes générées par les services de VàD et de TVR, en plus de celles émanant du prix des abonnements. Pourtant, seules ces secondes devaient normalement être assujetties eu égard aux dispositions légales alors applicables².

Laisser la place à un régime d'autorégulation – à cette fameuse main invisible éventuellement encadrée par la coupe vigilante du CSA, sans intervention du pouvoir politique – aurait pu constituer une voie légitime. Pour autant, cette question relève d'enjeux et de décisions d'envergure européenne et il n'est donc aucun lieu dans ce commentaire où remettre en cause le fait même de l'intervention légale et décrétable. Le législateur était contraint d'intervenir et il s'est attelé à cette tâche délicate sans sourciller, malgré le préjudice porté aux bonnes intentions auparavant manifestées par certaines des sociétés les plus emblématiques du monde des médias.

Afin de favoriser le développement de ces nouveaux services et suivant une logique économique rationnelle, était attendue l'élaboration d'un régime souple, composé d'obligations allégées en matière de publicité, de diffusion et de production d'œuvres, domaines dans lesquels – en France, habituellement – règne la contrainte. Le résultat a été tout autre que celui escompté.

¹ V. MONTELS (B.), « Un an de droit de l'audiovisuel », *CCE*, n° 6, juin 2009, chron. 6.

² L'engagement financier pris par Orange envers les ayants droit avait été l'un des arguments retenus par le Conseil de la concurrence pour justifier l'exclusivité qui lui était accordée quant à la diffusion de programmes sur son offre de TVR (Conseil de la concurrence, déc. n° 08-D-10, 7 mai 2008, « Pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et France télévisions dans le secteur de la télévision de rattrapage » ; v. CHAGNY (M.), note in *CCE*, 2008, com. 127.

2. Le contenu du projet de décret et la mise en avant d'obligations fortes

Finalement, le projet de décret présenté par le Ministère de la rue de Valois au CSA prévoyait de soumettre les SMAD à trois séries de règles autonomes regroupées en chapitres distincts :

– La contribution au développement d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles, européennes et d'expression originale française. Étaient envisagées les obligations d'investir 25 % du chiffre d'affaires au préachat de droits sur des œuvres futures et d'affecter jusqu'à 26 % de celui-ci au développement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles¹.

– La mise en valeur. Était retenue l'obligation de consacrer dans le catalogue des œuvres un minimum de 60% d'œuvres européennes, dont 40% d'œuvres d'expression originale française. De plus, le projet prévoyait d'imposer aux plateformes de VàD et de TVR des quotas d'œuvres françaises et européennes en page d'accueil, alors qu'aujourd'hui ce sont logiquement les vidéos les plus demandées qui sont mises en avant.

– La publicité, le parrainage et le téléachat. Ces dispositions ne portaient guère à discussion et le CSA ne s'y est que peu intéressé. On les laissera en conséquent à la marge de ce commentaire.

Évidemment, la rudesse de ces contraintes venait au soutien d'objectifs culturels, notamment attachés à la diversité et au pluralisme². Ainsi, selon le Ministre, « l'objectif de la régulation des SMAD est avant tout culturel »³. Le CSA, de son côté, a entendu mettre l'accent et la priorité à un tout autre endroit : l'épanouissement et la viabilité des nouveaux acteurs de ce marché.

B. Les conclusions économiquement pragmatiques et constructives du csa

Ce n'est sans doute pas d'un œil aveugle que le Ministre de la culture et de la communication regardait les dangers afférant à la conjoncture économique dans

¹ Le projet de décret cherchait à imposer aux SMAD dont le chiffre d'affaires dépasse 10 millions d'euros l'obligation d'investir, dès 2011, 15% de leurs revenus dans les œuvres européennes et 12% dans les œuvres d'expression originale française. Par ailleurs, le décret voulait contraindre les plateformes dépassant les 50 millions de chiffre d'affaires à investir 25% de celui-ci dans le préfinancement d'œuvres. En outre, cela visait les SMAD faisant payer des abonnements mensuels à leurs clients ; concernant les ventes à l'acte, le taux n'aurait été que de 15 %. Et les achats de droits audiovisuels devaient être intégrés aux obligations d'investissement.

² V. *infra*, partie II.

³ Discours du ministre de la culture et de la communication Frédéric Mitterrand lors du colloque 2010 des Nouveaux Paysages Audiovisuels (NPA), précité.

laquelle s'insèrent actuellement les SMAD, bien au contraire. Il jugeait ainsi qu'il était nécessaire de « prendre en compte le modèle économique, notamment des services de VàD payants à l'acte [et] prendre en compte le caractère émergent des SMAD, qui invite à appliquer des règles moins contraignantes que pour la télévision »¹. Toutefois, les efforts entrepris sont apparus bien maigres et insuffisants au regard vif et attentif des sages du quai André Citroën, lesquels ont donc pris le parti de rendre un avis négatif. L'évènement, considérable, marquera sans doute durant de nombreuses années les relations entretenues entre l'autorité et le pouvoir exécutif.

La haute autorité ne s'est pas contentée d'avancer une analyse emplie de bon sens et paraissant difficilement réfutable d'un point de vue strictement microéconomique (1), elle a également émis un certain nombre de suggestions s'inscrivant dans une logique d'encouragement du développement des SMAD (2).

1. Une argumentation du CSA heureuse et pertinente

Le collège du CSA a estimé que le texte gouvernemental n'avait « pas trouvé le bon point d'équilibre entre les producteurs et les éditeurs de SMAD ». Il était « trop défavorable à ces derniers », selon Michel Boyon, président de l'institution². La plupart des dispositions du futur décret ont ainsi été remises en cause et cette position s'inscrivait dans la droite lignée d'une première réflexion en date du 15 avril 2008, laquelle avait déjà mis en garde le Ministère devant les dangers que pouvait poser tout protectionnisme en distinguant « d'une part, le risque de délocalisation des services, particulièrement aisée pour des services en ligne, et, d'autre part, le risque de brider l'innovation et la diffusion de formats nouveaux correspondant aux attentes des téléspectateurs et des internautes ». Le CSA avait alors conclu que « de telles obligations ne devraient être adoptées qu'avec prudence, de façon progressive, en suivant l'évolution de ces services et en tenant compte de leurs caractéristiques ». Les justifications à ce camouflet sont donc exclusivement d'ordre « économique-économiques ».

La première motivation résidait dans l'amer constat que taxer les acteurs français se fait inéluctablement au profit des opérateurs étrangers tels que Youtube ou Apple et, dans un secteur éminemment concurrentiel, au préjudice de ces premiers. Il s'agissait donc, avant toute autre chose, d'assurer la viabilité économique et la compétitivité des SMAD français en les insérant dans un cadre juridique respectant « leur caractère émergent, leur environnement économique et la concurrence de services étrangers qui ne sont pas assujettis à des règles aussi contraignantes »³. Le Conseil plaidait ainsi pour que ne soit pas resserré l'étau fiscal

¹ *Idem.*

² Cité par <<http://www.freenews.fr/spip.php?article9104>>.

³ LEROY (Ph.), « Le CSA veut défendre... », précité.

et affirmait que des obligations réglementaires trop aigües auraient risqué de devenir des freins à l'innovation et à la diffusion de ces nouveaux formats¹.

Interrogé, Michel Boyon, se justifiait : « sur un même téléviseur, il y aura des plates-formes de TF1, M6, Canal +, Orange, Free ou SFR qui seront soumises aux obligations et celles d'Apple TV, Google TV et Hulu, qui en seront exemptes. Face à la rareté des instruments juridiques pour imposer des obligations à Apple ou Google, il revient au CSA de créer les conditions pour que les plates-formes françaises puissent survivre »². L'idée d'une taxation des SMAD n'était nullement rejetée en bloc, mais le niveau de contribution était *a priori* trop important.

Par ailleurs, la haute autorité regrettait l'absence de progressivité dans le processus. Il est vrai que, souvent, le législateur intervient de façon brutale alors que mettre en place une réforme de manière douce, par échelonnage ou étapes, était dans une certaine mesure tout à fait envisageable. Il s'agit en l'espèce d'une vision économique et libérale de la conjoncture assurant moins la diversité culturelle que le respect des intérêts pécuniaires des SMAD. Doit être mis au crédit des conseillers un réalisme économique tout à fait tonitruant puisque les contraintes économiques se révèlent nombreuses³. Surtout, à l'heure de l'internet et de l'Union européenne, il est relativement aisé pour un service le souhaitant de s'installer à l'étranger – au Luxembourg ou à Malte par exemple – dans le dessein d'échapper aux obligations nationales. Les délocalisations sont ainsi le premier risque à prendre en considération au moment d'encadrer l'activité des SMAD et Michel Boyon de poursuivre : « le CSA considère que le texte du décret ne répond pas à la réalité économique des SMAD et fait peser un véritable risque de délocalisation de ces services si on leur impose des obligations excessives »⁴.

Ces arguments économiques semblent empreints d'une pertinence forte et le risque de voir s'évader bon nombre des opérateurs serait sans doute élevé dès lors que, comme le précise le conseiller de la haute autorité Emmanuel Glaba, « aujourd'hui, les plates-formes de SMAD ne sont pas économiquement viables. Elles sont toutes déficitaires et seulement trois d'entre elles, Orange, SFR et Canal Play, dépassent les 10 millions d'euros de chiffre d'affaires. Elles ne pourront pas se développer et se battre à armes égales face à iTunes, Google voire Hulu tout en ayant des obligations trop lourdes à respecter. Déjà iTunes d'Apple est installé au Luxembourg. En raison du différentiel de TVA, il peut vendre des films 20% moins cher qu'une plate-forme française »⁵. Les services en question attendaient

¹ CSA, Communiqué du 7 oct. 2010.

² V. <<http://www.lefigaro.fr/medias/2010/10/06/04002-20101006ARTFIG00724-le-csa-s-oppose-aux-obligations-visant-la-vod.php>>.

³ Outre la concurrence frontale de services transnationaux, il s'agit de faire face aux sites de téléchargement illégal, à un taux de TVA supérieur à celui qui est applicable aux services de télévision, à une faiblesse des aides, à des difficultés d'accès au fonds de soutien et aux droits.

⁴ Cité par <<http://www.freenews.fr/spip.php?article9104>>.

⁵ Cité par <http://www.satellifax.com/recevoir_lire/tch/>.

évidemment avec impatience et espoir l'intervention du CSA. C'est donc avec un soulagement à la hauteur de leurs craintes qu'ils ont accueilli cet avis négatif. M6 Web, par exemple, dans un communiqué, s'est réjoui de la posture adoptée, soulignant que « le niveau des obligations fixé par le projet de décret est trop haut car calqué sur les taux applicables aux chaînes de télévision de la TNT alors que la directive européenne sur les nouveaux médias appelait la mise en place d'une réglementation assouplie ». Puis, elle contre-attaquait : « les contraintes fortes sur des offres nationales de vidéo à la demande sont particulièrement inéquitables vis-à-vis des services étrangers non linéaires, disponibles en France mais non encadrés par le projet de décret [...]. Par conséquent, la sécurisation d'un cadre réglementaire commun à tous les acteurs et la prise en compte des évolutions permanentes des SMAD conditionnent toute contrainte significative ».

Par ailleurs, au moyen de cet avis, le CSA prenait parti pour la Fédération Française des Télécoms (FFT)¹ qui estimait que le secteur de la VàD est « un secteur émergent, avec une économie naissante, dont la rentabilité demeure fragile [et pour lequel] les obligations élevées prévues dans le projet de décret compromettraient sérieusement le développement ». Le syndicat avait en conséquent pressé fortement le Gouvernement de revoir sa copie et de retenir « des obligations allégées et progressives pour les éditeurs et diffuseurs de vidéo à la demande »². Or l'opinion de ce lobby pèse considérablement puisque les FAI gèrent les deux tiers du marché en question. Déjà au moment de la présentation du futur décret les SFR et autres Bouygues Télécoms avaient affirmé que « si la VàD est lestée de tous ces boulets, l'offre légale recommandée par la loi HADOPI contre le piratage n'a aucune chance de voir le jour et ce sont les *bittorent* et plateformes de *streaming* qui se frottent les mains »³.

Quant à l'Association des services Internet communautaires, sa réaction se révélait davantage virulente : « ceux qui ont vécu avec une industrie culturelle classique voient aujourd'hui émerger de nouveaux services qui les dépassent. Cela conduit à des incompréhensions, comme ce dispositif du décret qui prévoit de consacrer une proportion majoritaire de la page d'accueil à certaines œuvres. C'est réfléchir selon des schémas qui ne sont plus possibles ! Cela montre aussi que le virage numérique n'est pas pris, que certains ne voient pas le numérique comme un vrai relais de croissance. Ainsi il nous paraît aberrant d'envisager la contribution à la création sur le chiffre d'affaires des services en ligne et pas sur la marge. Cela va ralentir le développement de tels services ! »⁴

Le fait qu'une institution qui à travers sa composition est inexorablement – bien que implicitement – orientée du côté de la couleur politique de la majorité en

¹ Elle rassemble tous les opérateurs de téléphonie et les fournisseurs d'accès à Internet, à l'exception de Free.

² Selon Yves Le Mouël, président de la FFT, répondant à l'AFP.

³ Cités par <<http://www.degrouppnews.com/actualite/n4655-vod-television-numerique-loi-finance.html>>.

⁴ « L'Internet, ce n'est pas la télévision ! », communiqué de l'ASIC.

place s'oppose à un texte émanant de l'exécutif ne peut que signifier qu'il dépasse les limites du raisonnable et risque davantage de porter préjudices aux uns que venir au soutien des autres. En effet, si les opérateurs du milieu s'exilaient, le texte deviendrait sans objet et les investissements dans le cinéma et l'audiovisuel disparaîtraient concomitamment.

Mieux vaut peu que rien, tel est l'aphorisme qui doit soutenir la réflexion en la matière.

2. Des propositions du CSA nombreuses et congruentes

Fort de la pertinence économique de ses critiques, habité par une légitimité certaine, le CSA a formulé un nombre considérable de propositions. L'institution ne s'est donc pas contentée de mettre en cause les choix du Ministre, elle lui a suggéré les moyens susceptibles de remédier aux carences constatées. Cette attitude responsable et constructive doit être saluée et traduit l'utilité et l'importance des autorités administratives indépendantes en France, spécialement en matière de médias et de nouvelles technologies.

Parmi ces propositions – qui en conséquence s'inscrivaient dans une philosophie antagoniste de celle du Ministre¹ – les principales étaient :

- Ne demander aucune contribution financière aux plateformes ne dépassant pas le seuil de 10 millions d'euros de chiffre d'affaires annuel.

- Abaisser les quotas d'œuvres européennes et françaises à 50 % d'œuvres européennes dont 35 % d'œuvres d'expression originale française pour les services dont le chiffre d'affaires est inférieur à 10 millions d'euros ; et conserver les proportions de 60 % et 40 % pour les services dépassant ce chiffre d'affaires.

- Imposer le principe d'une progressivité annuelle de la participation financière (une évolution de 1% chaque année) afin de rendre plus supportables les charges portant sur la production et la proportion d'œuvres européennes et d'expression originale française dans les catalogues. Les taux de 15 % et 12 % seraient ainsi atteints en 5 ans.

- « Ne pas privilégier l'acquisition de droits exclusifs par le préfinancement des œuvres, afin de favoriser leur plus large exposition et leur meilleure circulation ». Au sens du Conseil, la mise en place d'exclusivités risquerait de conduire à des effets contraires à ceux recherchés et notamment à une fragmentation de l'offre légale combinée à une perte de son attractivité.

- Introduire le principe d'un « réexamen dans 18 mois afin d'évaluer l'impact du dispositif sur le secteur et de l'adapter si nécessaire en tenant compte des accords professionnels conclus, du développement économique des SMAD et de l'évolution des pratiques de consommation ».

¹ V. *infra*, partie II.

« Personne ne sait comment va évoluer le monde de l'audiovisuel. Il faut donc inclure une clause de rendez-vous dans le décret pour [...] analyser si les obligations imposées aux SMAD ne les ont pas pénalisés », suggérait comme préalable Michel Boyon¹. Dans un monde de l'immatériel où le législateur peine à suivre la cadence effrénée des mutations technologiques et pratiques, ce vœu paraît empreint d'un grand pragmatisme et devrait inspirer un nouveau mode de création et d'évolution des normes adapté au XXI^e siècle.

Est à noter que cet avis défavorable contenait plus d'une dizaine d'autres recommandations portant principalement sur les communications commerciales et la clarification des questions comptables².

L'argumentation du CSA, à l'aune du contenu initial du décret, emporte une conviction : privilégier les aspects économiques amène à sacrifier la protection de la diversité culturelle, et *vis versa*. Or le Ministre souhaitait en premier lieu satisfaire les intérêts des producteurs de contenus, peu important que cela se fasse au détriment du développement des opérateurs de SMAD.

II. Une priorité au développement économique des SMAD inconciliable avec l'objectif de promotion de la diversité culturelle

Les pérégrinations du décret relatif aux SMAD démontre à quel point – que l'on se situe à un étage international, communautaire ou national – les sphères de l'économique et du culturel ne peuvent se confondre tant elles relèvent de préoccupations et d'intérêts totalement antinomiques et conflictuels. Ainsi, œuvrer en faveur de l'une emporte nécessairement un préjudice quasi-proportionnel à l'encontre de l'autre et trouver une réponse satisfaisante à cette difficulté relève de l'utopique. Ce serait une aporie que le camouflet du CSA aurait en quelque sorte mis en lumière (A). Cependant, il a fallu tenter de réaliser ce délicat amalgame lors de la rédaction de la mouture finale du texte³ (B).

¹ Le Conseil suggérait la conclusion, pendant ce délai, d'accords professionnels établissant les modalités de mise à disposition des œuvres sur les SMAD, c'est-à-dire la durée des droits d'exploitation, la rémunération des ayants droit, les mesures permettant la conciliation entre le respect du droit moral des auteurs et les interruptions publicitaires des œuvres.

² Le CSA se disait favorable aux assouplissements prévus en matière de publicité sur les SMAD (notamment l'absence de règles de volume publicitaire et la suppression de la plupart des règles d'insertion des publicités), sous réserve de préserver les intérêts du consommateur par l'identification des communications commerciales et de maintenir une séparation claire entre ces dernières et les programmes.

³ Décret n° 2010-1379 du 12 nov. 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande, *JORF* n° 264 du 14 nov. 2010, p. 20315.

A. Des antagonismes insolubles entre intérêts économiques et culturels

S'affrontaient en l'espèce deux visions des choses tout à fait contradictoires à propos de questions très politiques. Étaient mises en balance des valeurs qui traditionnellement se contredisent, celles de l'économie et celles de la culture. D'un côté, se trouvait un Ministre s'inscrivant dans la tradition française d'encouragement et de promotion de la diversité culturelle – et notamment cinématographique – (1) ; de l'autre, il y avait une autorité indépendante soucieuse de défendre l'industriel plutôt que l'artiste dès lors que la situation du premier lui apparaît davantage précaire que celle du second (2).

1. Une préférence au culturel typiquement française et au détriment de l'économique

« L'objectif de la régulation des SMAD est avant tout culturel : il s'agit d'encourager le renouvellement de la création audiovisuelle française et d'en assurer le rayonnement »¹. Ainsi s'exprimait le Ministre Frédéric Mitterrand au sujet du décret qu'il avait à rédiger. On le comprend, la priorité n'était pas tant la protection du développement économique de ce nouveau marché de l'audiovisuel que de lui appliquer « les principes et les règles qui ont permis aux chaînes de télévision de continuer à proposer, sur les écrans, une part substantielle d'œuvres européennes et françaises, et non pas seulement américaines, et de contribuer activement au développement de l'industrie audiovisuelle et cinématographique ». Ainsi, il s'agissait selon lui de « la condition première pour que nos créateurs puissent continuer à s'exprimer, et que notre société conserve son propre regard sur elle-même au sein du nouvel univers numérique »². L'intervention du Gouvernement devait donc traduire pour les SMAD l'enjeu global « de diversité et de rayonnement » des œuvres européennes et d'expression française.

Ce protectionnisme culturel se place en totale adéquation avec la tradition française de soutien au secteur de la cinématographie, faisant de la France le pays d'Europe qui investit le plus de deniers publics dans la production d'œuvres audiovisuelles, mais faisant également de la France le seul pays d'Europe où les productions nationales réalisent autant d'entrées que les superproductions hollywoodiennes. Ainsi, il apparaissait logique que, à l'instar des chaînes de télévision, les SMAD investissent, du fait d'une obligation légale, dans le septième art et l'audiovisuel. On imagine sans peine combien la « leçon d'économie » prodiguée par le CSA n'a dû rencontrer qu'un succès modéré rue de Valois. Alors

¹ Discours du ministre de la culture et de la communication Frédéric Mitterrand lors du colloque 2010 des Nouveaux Paysages Audiovisuels (NPA), précité.

² *Idem.*

que le Ministre venait d'annoncer la création d'un fonds national pour la société numérique – doté de 750 millions d'euros – et avait tout juste entériné l'accord entre l'INA et Myskreen afin de produire un guide en ligne de programmes audiovisuels francophones, cet avis négatif est sans doute apparu comme traduisant une volonté de désavouer ce travail et de freiner la mise en œuvre de cette politique.

2. La mise à la marge des objectifs culturels au profit de perspectives économiques

Conformément à ses premières prises de position, le CSA a entendu avant toute chose amenuiser les risques de délocalisations et assurer la viabilité des acteurs économiques nationaux d'un marché récent – et donc encore fragile – en « tenant compte de leur caractère émergent, de leur environnement économique et de la concurrence de services étrangers qui ne sont pas assujettis à des règles aussi contraignantes ». Il n'est guère étonnant de constater que – à l'instar de la FFT ou de l'ASIC poussant derrière le CSA – le lobby des créateurs et producteurs se prononçait en faveur du Ministère de la Culture et de la Communication. Ainsi, la société civile des auteurs, réalisateurs et producteurs (ARP) s'est dite « abasourdie »¹ par cet avis du régulateur des contenus. Dans un communiqué, les cinéastes ont critiqué ouvertement l'intervention et la position de la haute autorité : « [Nous sommes] surpris par les motivations exprimées par les membres du CSA pour justifier cet avis alors même que l'une des missions de cette autorité administrative consiste à veiller à une régulation sereine du secteur audiovisuel [...]. Le CSA s'égare gravement et semble s'être trompé de combat [...]. La participation de ces services à la création de contenus ne doit pas être entravée par cette donnée fiscale que l'on espère conjoncturelle. La France doit rester l'aiguillon de la régulation dans le secteur culturel en général, et le financement de la création cinématographique en particulier »².

L'ARP a paru imaginer que les membres du CSA avaient succombé sous la pression des FAI et n'a pas manqué de mettre en avant l'exemple des participations financières conséquentes de Canal + et des chaînes historiques que sont TF1 ou M6. Mais c'est oublier trop rapidement que ces dernières n'évoluent pas au sein du même environnement économique. Quant à la société civile des auteurs multimédia (SCAM), elle enfonçait encore un peu le clou en expliquant qu'il n'y avait « aucune raison pour exonérer plus longtemps ces opérateurs car il en va de l'équité de traitement entre les différents acteurs et de l'avenir du financement des oeuvres » et en jugeant que le projet de décret « tenait déjà compte de la situation économique des opérateurs puisqu'il introduisait un seuil de déclenchement des obligations de production à hauteur de dix millions d'euros de chiffre d'affaire ; or

¹ Citée par <<http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/le-csa-dans-le-collimateur-du-lobby-du-cinema.php>>.

² *Idem.*

trois services seulement étaient concernés, tous adossés à de grands groupes de communication financièrement en mesure de respecter les obligations financières proposées »¹. Elle terminait en disant « sa confiance dans la fermeté du Gouvernement pour maintenir le décret en l'état »². Enfin la SACD faisait part de sa totale « incompréhension », estimant que la prise de position de Michel Boyon s'apparentait davantage à celle « d'un Président de l'ARCEP soucieux de défendre l'économie des télécoms que d'un Président du CSA désireux de conforter la logique et l'économie générale de l'audiovisuel » ; avant de regretter que « le CSA s'éloigne de ses missions originelles pour s'ériger en une ARCEP *bis* à l'utilité incertaine »³.

Ces différents syndicats faisaient donc montre d'une colère peu dissimulée et allaient jusqu'à mettre en doute la compétence du CSA et la légitimité de son intervention. À l'aune des intérêts par eux défendus, il n'y avait rien de grandement choquant ni surprenant en ces prises de parole radicales ; mais l'on soulignera néanmoins que la haute autorité est sans doute davantage dans son rôle lorsqu'elle ose exprimer des arguments contraires à ceux avancés par le Gouvernement que lorsqu'elle se contente d'être une simple signature à la solde de ce dernier.

Les cinéastes de l'ARP se montraient malgré tout confiants – croyant savoir que « le Ministre de la Culture et de la Communication partagerait avec eux cette conviction » – et en appelaient à lui pour « imposer un texte dont la principale vertu resterait pédagogique et permettrait d'entrevoir également des avancées dans le régime de la chronologie des médias »⁴. Mais la rue de Valois aura ouvert ses portes aux arguments du CSA et le décret finalement publié est le fruit de la recherche par le Ministre de l'introuvable équilibre entre développement économique et protectionnisme culturel.

B. Une périlleuse tentative de compromis entre intérêts économiques et culturels

Si la version définitive du « décret SMAD » intègre des modifications substantielles directement inspirées de l'avis négatif rendu par le CSA le 27 septembre 2010 (1), celles-ci n'éliminent pas pour autant les incertitudes et critiques s'y étant solidement attachées (2).

¹ Société civile des auteurs multimédia (SCAM), communiqué du 13 oct. 2010.

² *Idem.*

³ <<http://www.sacd.fr/Incomprehension-de-la-SACD-devant-l-avis-negatif-du-CSA-sur-le-projet-SMAD.html>>.

⁴ Cité par <<http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/le-csa-dans-le-collimateur-du-lobby-du-cinema.php>>.

1. Des modifications substantielles

Le décret aura finalement été publié au Journal Officiel le 14 novembre 2010¹. Il constitue donc le droit positif actuellement applicable aux SMAD et à leurs opérateurs. Si les rédacteurs du texte n'ont pas totalement revu leurs copie, ils ont néanmoins retranscrit un certain nombre des préconisations émanant du CSA afin que soit mise en place une réglementation au domaine d'application clairement circonscrit et au régime nuancé :

- S'appliquent effectivement les mêmes quotas que ceux incombant aux services de télévision : 60 % pour les œuvres européennes et 40 % pour les œuvres d'expression originale française. Toutefois, ces nombres étaient initialement fixés à 50 % et 35 % pendant une période de trois ans².

- L'obligation d'investir 15 % des ressources dans des œuvres européennes et 12 % dans des films d'expression originale française est imposée progressivement, en partant de 10 % et 8 % et en augmentant le taux de 1 ou 2 % par année³.

- Ces dernières obligations ne s'appliquent qu'aux services qui proposent au moins 10 œuvres.

- De même, elles ne concernent que les services réalisant un chiffre d'affaires de 10 millions d'euros (mais à l'exclusion de la TVR)⁴.

- Sont pris en compte les achats de droits au titre des dépenses éligibles pour éviter le développement de pratiques d'exclusivité⁵.

¹ *JORF*, 14 nov. 2010, n° 264, p. 20313 ; V. rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2010-1379 du 12 nov. 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

² Arts. 12 et 13.

³ Art. 4 pour les services de VàD par abonnement : dans la mesure où leur environnement concurrentiel est constitué par les chaînes de télévision payantes – notamment les chaînes de cinéma – leurs obligations ont vocation à s'en rapprocher. Ainsi, la VàD par abonnement se voit appliquer un régime de contribution qui varie en fonction de la chronologie des médias applicable aux œuvres cinématographiques : contribution à la production d'œuvres européennes ou d'expression originale française fixée à 26 % et 22 % pour les services proposant des premières fenêtres et à 21 % et 17 % pour les services proposant des deuxième fenêtres ; pour les autres services proposant moins de 10 œuvres cinématographiques de moins de 36 mois mais au moins 10 œuvres cinématographiques ou au moins 10 œuvres audiovisuelles, le taux de contribution est fixé à 15 %. Arts. 5 et 6 pour la VàD payante à l'acte : dans la mesure où il est possible de distinguer un chiffre d'affaires lié au visionnage des œuvres cinématographiques et un chiffre d'affaires lié au visionnage des œuvres audiovisuelles, le décret instaure un régime distributif de contribution à la production cinématographique et audiovisuelle assis sur des assiettes distinctes et fixé à 15 % du chiffre d'affaires du service.

⁴ Arts. 1 et 3 ; pour la production audiovisuelle, la loi prévoit la mutualisation de leur contribution avec celle des services de télévision ; pour la production cinématographique, ces services de TVR étant adossés à des services de télévision dont ils ne font que reprendre les œuvres, un tel seuil de déclenchement n'est pas apparu nécessaire.

⁵ Art. 7 ; cela afin d'éviter le développement de pratiques d'exclusivité sur le marché.

– Enfin, le contrôle du respect de l'ensemble de ces règles est évidemment confié au CSA et les prestataires de services doivent annuellement lui communiquer une déclaration relative à la mise en œuvre des obligations.

Malgré la prise en compte des souhaits du régulateur de l'audiovisuel, les réactions des lobbys concernés à la publication du décret et à son contenu ont été pour le moins contrastées. Cela illustre parfaitement à quel point rédiger ce texte consistait en une tâche complexe, nonobstant une apparente mais trompeuse banalité. Une aporie ne connaît point de réponse ; elle éveille seulement des impasses.

2. Des réactions contrastées

Le Ministre a fait état de l'aboutissement à un « point d'équilibre entre l'ensemble des demandes »¹. Malheureusement, la conséquence de cet hybride semble être que – certes davantage du côté des éditeurs de services de V&D que du côté des producteurs d'œuvres – l'on s'est montré insatisfait par ce dénouement textuel. Comme souvent en présence d'intérêts et enjeux antinomiques, à vouloir satisfaire tout le monde – cela relevant d'une douce vision utopiste –, l'on finit par ne convenir à personne. Encore une fois, mieux vaut peu que rien.

Ainsi, la SCAM a pesté contre un « compromis inutile », et a affirmé que « le Ministère donne ni plus ni moins suite à l'avis du CSA au détriment de la création »². Les professionnels du milieu artistique ont quant à eux persisté : « ce seuil [de 10 millions d'euros] permet déjà à la grande majorité des services concernés d'échapper aux engagements d'investissements qui sont ceux des autres diffuseurs. En cela, il était déjà le fruit d'un consensus, un équilibre tenant compte des points de vue des parties. Or le CSA a surenchéri avec une montée en charge des obligations de production qui a pour effet d'amoindrir encore les obligations des SMAD. Ce que le ministère présente comme un point d'équilibre consiste précisément à ajouter une montée en charge au seuil de déclenchement des obligations »³.

De leur côté, les créateurs ont regretté la faiblesse de la participation des SMAD. Ainsi, l'ARP a demandé à la Commission européenne d'envisager « la possibilité d'un taux réduit [de TVA] pour les services de commerce électronique fournissant des biens et services culturels »⁴, condition *sine qua non* à son sens pour

¹ Cité par <<http://www.scam.fr/tabid/articleId/Decret-SMAD-un-compromis-inutile.aspx>>.

² Communiqué de la SCAM du 25 oct. 2010, <<http://www.scam.fr/tabid/articleId/Decret-SMAD-un-compromis-inutile.aspx>>.

³ *Idem.*

⁴ Communiqué de l'ARP du 17 nov. 2010, <<http://www.larp.fr/home/wp-content/uploads/2010/11/CdP-ARP-Publication-du-d%C3%A9cret-SMAD-une-premi%C3%A8re-%C3%A9tape-essentielle-171110.pdf>>.

atteindre une telle fin. Et la SCAM de mettre également un bémol à la partition du Gouvernement en relevant que les obligations étaient « en deçà de [celles] auxquelles ont souscrit les télédiffuseurs linéaires »¹.

À l'inverse, les éditeurs de SMAD sont demeuré inquiets devant un texte qui, selon eux, les place dans une situation précaire risquant de les obliger à prendre les mesures susceptibles de les dispenser de ces obligations, c'est-à-dire délocaliser leurs activités.

Enfin, un autre acteur a apporté sa pierre à l'édifice de la controverse : il s'agissait de l'ASIC² qui est la première organisation française fédérant les acteurs du web 2.0. Elle s'est immiscée dans le débat en faisant part de craintes propres au sein d'un article intitulé « L'Internet, ce n'est pas de la télévision »³. L'association y jugeait que « la nouvelle version du décret renforce l'ambiguïté quant à l'application de certains articles du décret aux éditeurs de services de communication au public en ligne et non seulement aux éditeurs de SMAD [car il] ne permet pas une application distributive du régime juridique et soumet les hébergeurs à une contribution non seulement sur le chiffre d'affaires issu de la diffusion de vidéos mais également sur celui provenant des autres recettes »⁴. Il est vrai que certaines obligations – telles que réserver « une proportion majoritaire de la page d'accueil à des œuvres européennes ou d'expression originale française »⁵ – paraissent impossibles à mettre en œuvre pour des éditeurs de services de communication au public en ligne. L'ASIC souhaitait donc que soit instaurée par le législateur « une frontière clairement définie entre le secteur de l'audiovisuel et les services communautaires »⁶. La polémique ainsi lancée se place directement au cœur de l'intense et palpitant débat portant sur la qualification d'hébergeur ou d'éditeur de contenus des plateformes de partage telles que Youtube ou Dailymotion⁷. Il est vrai que l'heure est à la convergence des médias, comme en témoigne le fait que les services de TVR sont aujourd'hui tout autant – voir davantage – accessibles sur ordinateur que sur télévision.

¹ Communiqué de presse de la SCAM du 22 nov. 2010, <<http://www.scam.fr/tabid/articleId/Decret-SMAD-Une-etape-positive-pour-la-creation.aspx>>.

² Fondée par Dailymotion, Google, Priceminister et Yahoo, l'ASIC compte aujourd'hui parmi ses membres les principaux sites communautaires : Wikimedia, Facebook, Myspace, Over-Blog, AlloCiné ou Skyrock.

³ Art. disponible à <<http://www.lasic.fr/spip.php?article67>>.

⁴ L'art. 5, al. 1 et 4 vise « les éditeurs de services autres que ceux » proposant des services de V&D et de TVR.

⁵ Art. 12 du décret.

⁶ « Les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêts » sont exclus explicitement par la directive SMA de son champ d'application.

⁷ Giuseppe de Martino, directeur juridique de Dailymotion, craint que « cela nous fasse vivre continuellement avec une épée de Damoclès au-dessus de la tête » et affiche que « ce décret est une perche tendue à ceux qui veulent nous faire tomber dans les SMAD », <<http://blog.lefigaro.fr/medias/2010/09/video-sur-internet.html>>.

Cependant, il n'incombait certainement pas au décret relatif aux SMAD de traiter ces problématiques ne relevant ni du nécessaire développement économique de ces services, ni de l'intérêt porté à la préservation de la diversité culturelle.

*

* *

Le CSA possède un intérêt fort à l'égard des SMAD ; et il poursuit actuellement sa politique d'encouragement de leur développement, convaincu que l'avenir de la télévision n'est plus dans la linéarité et la passivité. Certainement, tel que l'envisagent les conseillers de la tour Mirabeau, procéder par étapes et réévaluer les taux et autres seuils financiers au gré de l'épanouissement du marché – plutôt que risquer de noyer les plates-formes de vidéos sous des contraintes qui peuvent leur paraître inappropriées, si ce n'est insurmontables, face à une concurrence étrangère bien moins opprimée – apparaît être la solution la moins traumatisante et la plus indolore pour toutes les parties. Dès lors que l'on aboutirait à la création d'un « cercle vertueux », chacune y gagnerait, y compris les entreprises de production cinématographique.

Dans cette hypothèse, le raisonnement du CSA viserait bel et bien à assurer le pluralisme culturel, mais par voie détournée.

Enfin, cette analyse mène à une dernière observation : à l'heure où une modernité insaisissable s'empare du quotidien et met au défi les classiques de l'Homme dont fait partie intégrante le Droit, une haute autorité administrative spécialisée – bien que certes dépourvue de toute légitimité démocratique à l'égard des citoyens, ce qui doit normalement achever d'éteindre une telle ambition avant même qu'elle ne soit dite – semble davantage en mesure de dire quelle norme peut-être juste et quelle norme ne le peut pas, en somme de faire la loi. Seulement, il ne semble guère exister de différences patentes entre une entité énonçant le droit directement et une autre le faisant de manière détournée ; ce qui intéresse le particulier est les normes auxquelles il est assujéti et qui lui sont appliquées, peu important la manière dont on les génère. Pour l'heure, cet écueil ne mérite cependant guère d'être soulevé. L'exemple des pérégrinations du décret relatif aux SMAD prouve que cette architecture des institutions peut mener à un droit plus juste, pragmatique et consensuel. Car mieux vaut peu que rien, c'est définitivement une certitude.