

Les concessions de la directive SMA : entre politique industrielle et diversité culturelle

Le paysage audiovisuel est en mutation constante, de par les avancées technologiques et l'évolution du marché. La directive européenne « Télévision sans frontières¹ » (TVSF), élaborée en 1989 pour développer le marché européen des programmes et services audiovisuels, ne coïncidait plus avec les réalités qu'elle encadrait.

Pour la moderniser, son contenu fut divisé en quatre objets d'analyse, pris en charge pas autant de groupes de travail composés d'acteurs du secteur de l'audiovisuel² : l'un consacré au champ d'application de la future directive, l'un à la publicité télévisée, l'un au droit à l'information, et le dernier à la diversité culturelle³. Les conclusions de ces recherches et discussions, abondamment citées ci-dessous, furent intégrées à la directive TVSF pour servir de base à une proposition de directive, présentée le 13 décembre 2005. Dès ce moment, la décision de ne pas abroger, mais d'amender la directive était prise, comme celle de répartir les services de médias entre linéaires et non linéaires, définis dans l'article 1^{er} de la directive SMA, pour les premiers comme : « *un service de médias audiovisuels fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage simultané de programmes sur la base d'une grille de programmes* », et pour les seconds comme : « *un service de médias audiovisuels fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services de médias* ».

La directive « Services de médias audiovisuels » (directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil), définitivement adoptée le 11 décembre 2007, a pour volonté, dans la lignée de la directive TVSF, de doter l'Europe d'un cadre juridique favorisant la libre circulation des services, en assurant des conditions de concurrence homogène en son sein et en respectant l'article 151.4 du Traité instituant la Communauté européenne⁴, qui promeut la diversité des cultures⁵. En dehors de cette base légale, les mesures liées à la diversité culturelle de la directive SMA auraient pu être assimilées à des pratiques de restriction à l'accès au marché, dès lors susceptibles d'être interdites⁶. Les articles 3 de la directive, 4 et 5 de la directive⁷, garants de la diversité culturelle et de la promotion de la production audiovisuelle européenne, mettent en œuvre cette complémentarité entre intérêts économiques et culturels.

¹ La directive 89/552/CEE du Conseil avait déjà été modifiée une première fois en 1997 afin de prendre en compte les avancées technologiques, mieux protéger les intérêts des téléspectateurs et accroître la sécurité juridique de la libre circulation des services notamment grâce au principe de juridiction. *J.O. L. 298*, 17 octobre 1989, p. 23. *J.O. L.202*, 30 juillet 1997, p. 60.

² Cf. http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/history/consult/index_fr.htm ;

http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/history/consult/focus_groups/index_en.htm

³ Cf. LEFEBVRE, Axel, « *La transposition de la Directive « Services de médias audiovisuels » en Communauté française de Belgique* » in *R.D.T.I. n. 36, Doctrine*, pp. 63-82, 2009.

⁴ Considérant 4 de la directive SMA : « *L'article 151, paragraphe 4, du traité impose à la Communauté de tenir compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du traité, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures* ».

⁵ Cf. Document de discussion sur le réexamen de la directive TVSF – Thème 2 : la promotion de la diversité culturelle et de la compétitivité de l'industrie européenne de programmes.

⁶ Cf. Contribution d'Eurocinéma à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF, 2005.

⁷ Article 3 de la directive SMA : « *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 (...)* » ;

Article 4 de la directive SMA : « *1. Les États membres veillent chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés, à ce que les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent à des œuvres européennes, une proportion majoritaire de leur temps de diffusion, à l'exclusion du temps consacré aux informations, à des manifestations sportives, à des jeux, à la publicité ou aux services de télétexte. Cette proportion, compte tenu des*

La diversité culturelle sous SMA

La protection de la diversité culturelle est un des piliers de la directive SMA, hérité de la directive TVSF. La volonté européenne est de se constituer une identité propre, notamment à travers les médias, tout en respectant les cultures qui la composent⁸. Avec, comme arrière-plan non négligeable, l'idée de développer le secteur des entreprises audiovisuelles et la production indépendante européenne⁹.

Le mécanisme mis en place dès 1989 pour garantir cette diversité culturelle se présente sous forme de quotas. Les évaluations réalisées par la Commission européenne¹⁰ pour en mesurer l'impact sous l'empire de la directive TVSF ont montré leurs répercussions positives sur la programmation des chaînes, comme sur la vitalité du secteur audiovisuel. La plupart des acteurs (Etats, auteurs, compositeurs, producteurs, régulateurs) se sont dès lors positionnés en faveur de leur reconduction dans la nouvelle directive.

responsabilités de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle à l'égard de son public en matière d'information, d'éducation, de culture et de divertissement, devra être obtenue progressivement sur la base de critères appropriés. 2. Lorsque la proportion définie au paragraphe 1 ne peut être atteinte, elle ne doit pas être inférieure à celle qui est constatée en moyenne en 1988 dans l'État membre concerné. Néanmoins, en ce qui concerne la République hellénique et la République portugaise, l'année 1988 est remplacée par l'année 1990. 3. À partir du 3 octobre 1991, les États membres communiquent à la Commission, tous les deux ans, un rapport sur l'application du présent article et de l'article 5. Ce rapport comporte notamment un relevé statistique de la réalisation de la proportion visée au présent article et à l'article 5 pour chacun des programmes de télévision relevant de la compétence de l'État membre concerné, les raisons pour lesquelles, dans chacun des cas, il n'a pas été possible d'atteindre cette proportion, ainsi que les mesures adoptées ou envisagées pour l'atteindre. La Commission porte ces rapports à la connaissance des autres États membres et du Parlement européen, accompagnés éventuellement d'un avis. Elle veille à l'application du présent article et de l'article 5 conformément aux dispositions du traité. Dans son avis, elle peut tenir compte notamment du progrès réalisé par rapport aux années précédentes, de la part que les œuvres de première diffusion représentent dans la programmation, des circonstances particulières des nouveaux organismes de radiodiffusion télévisuelle et de la situation spécifique des pays à faible capacité de production audiovisuelle ou à aire linguistique restreinte. 4. Le Conseil réexamine la mise en œuvre du présent article sur la base d'un rapport de la Commission, assorti des propositions de révision que celle-ci estimerait appropriées, au plus tard à la fin de la cinquième année à compter de l'adoption de la présente directive. A cette fin, le rapport de la Commission tiendra compte notamment, sur la base des informations communiquées par les États membres en application du paragraphe 3, de l'évolution intervenue dans le marché communautaire, ainsi que du contexte international » ;

Article 5 de la directive SMA : « Les États membres veillent, chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés, à ce que les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent au moins 10 % de leurs temps d'antenne, à l'exclusion du temps consacré aux informations, à des manifestations sportives, à des jeux, à la publicité ou aux services de télétexte, ou alternativement, au choix de l'État membre, 10 % au moins de leur budget de programmation, à des œuvres européennes émanant de producteurs indépendants d'organismes de radiodiffusion télévisuelle. Cette proportion, compte tenu des responsabilités des organismes de radiodiffusion télévisuelle à l'égard de leur public en matière d'information, d'éducation, de culture et de divertissement, devra être obtenue progressivement sur la base de critères appropriés; elle doit être atteinte en réservant une proportion adéquate à des œuvres récentes, c'est-à-dire des œuvres diffusées dans un laps de temps de cinq ans après leur production ».

⁸ Cf. 1^{er} considérant de la directive TVSF, repris dans les considérants 1, 4, 5, 8 et 48 de la directive SMA.

⁹ Cf. Rapport final du groupe de travail 3 : la Diversité culturelle et la promotion de la production audiovisuelle européenne et indépendante, Conférence audiovisuelle de Liverpool – Entre la culture et le commerce, septembre 2005.

¹⁰ Cf. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions – Huitième communication relative à l'application des articles 4 et 5 de la directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières », telle que modifiée par la directive 97/36/CE, pour la période 2005/-2006 (sec [2008]2310).

Ainsi que le notait le rapport final du groupe de travail 3 de la Conférence audiovisuelle de Liverpool, les **quotas de diffusion** semblent particulièrement adaptés à nos régions car, s'ils n'offrent aucune certitude en matière de qualité des œuvres produites, ils s'appliquent dans un paysage audiovisuel partagé entre des services publics forts et des services privés dynamiques, selon la formule du considérant 9 de la directive SMA¹¹. A condition que le secteur public réponde clairement à ses missions, sans succomber aux sirènes de la loi de marché, une émulation positive incite les différents acteurs à se surpasser pour éviter d'être phagocytés par leurs concurrents¹², palliant ainsi l'absence d'influence des quotas sur la qualité des programmes.

Pour construire un réel marché européen et promouvoir la diversité européenne, certains, à l'instar de la SCAD dans une contribution à la révision de la directive¹³, proposaient d'ouvrir et faire tendre les différents marchés nationaux vers l'ensemble de la Communauté européenne. Dans les grands pays, dont le marché permet une forte capacité de production audiovisuelle et ne nécessite pas le passage aux coproductions, il est en effet possible de rencontrer les obligations fixées par les quotas en ayant recours uniquement aux œuvres nationales¹⁴. Lors des travaux préparatoires à la directive SMA, l'idée de créer des incitants pour augmenter et structurer les échanges et les coproductions européennes était ainsi évoquée par le CCA¹⁵. Pour éviter que ces mesures, sous la forme de sous-quotas non nationaux, par exemple, ne nuisent à l'indépendance de la programmation, l'idéal eût été de les établir sur base volontaire, avec un caractère incitatif¹⁶. L'idée, bien que déclinée sous une forme non contraignante, a été retenue dans la directive, au considérant 50 qui précise que « *lors de la mise en œuvre des dispositions de l'article 4 de la directive 89/552/CEE, les États membres devraient encourager les organismes de radiodiffusion télévisuelle à inclure dans leur programmation une part adéquate de coproductions européennes ou d'œuvres européennes originaires d'un autre pays* ».

Dans sa transposition, la Communauté française de Belgique, consciente de l'importance de cet enjeu, le mentionnera dans ses commentaires¹⁷, suivant les recommandations du Collège d'avis du CSA belge¹⁸. Ce dernier considérait que : vu « *l'étroitesse du marché national belge et les pratiques d'achats et de coproductions existantes, cet objectif est déjà rencontré (...). Néanmoins, le Collège d'avis avalise l'idée d'adopter, à titre symbolique, une mesure d'encouragement non contraignante dans le décret* »¹⁹.

¹¹ « (...) *La coexistence de fournisseurs privés et publics de services de médias audiovisuels est caractéristique du marché européen des médias audiovisuels* ».

¹² Cf. Rapport final du groupe de travail 3 : la Diversité culturelle et la promotion de la production audiovisuelle européenne et indépendante, Conférence audiovisuelle de Liverpool – Entre la culture et le commerce, septembre 2005.

¹³ Cf. Contribution de la SACD à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF, juillet 2005.

¹⁴ Cf. Contribution de la Communauté française de Belgique à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF ; Contribution de la Communauté française au document de réflexion pour la conférence de Liverpool.

¹⁵ Cf. Contribution du Comité de concertation du Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel de la Communauté française sur le document de réflexion pour la conférence de Liverpool.

¹⁶ Cf. Prise de position de l'Union Européenne de Radiodiffusion sur les documents de réflexion pour la conférence de Liverpool sur l'audiovisuel, septembre 2005.

¹⁷ Cf. article 59 du Projet de décret du Parlement de la Communauté française, session 2008-2009, 22/12/2008.

¹⁸ Organe de quasi corégulation intégré au CSA belge dont la mission principale est de rendre, d'initiative ou à la demande du Gouvernement ou du Parlement de la Communauté française, des avis sur toute question relative à l'audiovisuel. Il doit également rédiger et tenir à jour des règlements portant sur la communication publicitaire, le respect de la dignité humaine, la protection des mineurs, l'information politique en périodes électorales, l'accessibilité des programmes aux personnes à déficience sensorielle et la diffusion de brefs extraits d'événements publics.

¹⁹ Cf. Avis n. 01/2008 « *Transposition de la directive « Services de médias audiovisuels » dans le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion* », 17/06/2008.

Les **quotas de production** d'œuvres audiovisuelles ont également fait l'objet de nombreuses discussions et propositions au moment de l'élaboration de la directive SMA. Les différentes modalités de promotion de la production, dont certaines furent introduites dans la directive TVSF²⁰ et proposées par la directive SMA, pour les services linéaires²¹ et non linéaires²², ont en effet des conséquences collatérales non négligeables. Ainsi, la proposition de réduire ces quotas à des investissements dans la programmation pourrait avoir pour conséquence de limiter les revenus destinés aux fictions moins attrayantes pour le grand public. En outre, le public, pour avoir accès aux œuvres cinématographiques, productions plus onéreuses, n'aurait d'autre choix que de se rendre au cinéma ou de louer des DVD. Parallèlement, ces œuvres ne bénéficieraient plus des investissements venus des éditeurs audiovisuels, ce qui serait particulièrement dommageable pour les œuvres à moyen budget, qui sont pourtant celles qui circulent le mieux entre les différents pays. Le sort des coproductions serait identique, alors que ce sont les seules œuvres que les petits pays sont en mesure de financer à l'échelle locale. Sur ce plan, la Communauté française insistera, dans les débats, pour que les dispositions européennes permettent les investissements dans la (co)production elle-même²³, principe qui se retrouve d'ailleurs dans le décret SMA²⁴.

D'autre part, contrairement aux quotas de diffusion, un quota de production a pour avantage d'imposer aux éditeurs qui programment peu d'œuvres cinématographiques européennes de néanmoins collaborer à leur financement. Selon la Communauté française, la liberté de programmation des éditeurs n'influence dès lors pas ou peu l'économie de la production audiovisuelle, puisque les investissements ne sont pas étroitement liés aux choix éditoriaux²⁵.

Pour différents interlocuteurs de la Communauté française²⁶, seconder le quota de diffusion par un quota d'investissement dans les productions audiovisuelles serait la solution optimale, d'ailleurs d'application en Communauté française²⁷, plutôt que de laisser le choix entre l'un ou l'autre. Ils notaient également que la création d'une industrie européenne de l'audiovisuel unie et intégrée ne devait pas être mise en concurrence avec la promotion de la diversité culturelle dans la production européenne. En effet, une œuvre ancrée localement peut trouver un public universel. Le soutien à des cultures plurielles ne s'oppose donc pas à la construction d'une culture européenne, mais peut au contraire la favoriser²⁸.

²⁰ Article 5 de la directive TVSF : « Les Etats membres veillent, chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés, à ce que les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent au moins 10% de leur temps d'antenne (...) ou alternativement, au choix de l'Etat membre, 10% au moins de leur budget de programmation, à des œuvres européennes émanant de producteurs indépendants d'organismes de radiodiffusion télévisuelle (...) ».

²¹ Cf. Article 5 de la directive SMA, qui reprend l'article 5 de la directive TVSF.

²² Article 3 decies de la directive SMA : « 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 ».

²³ Cf. Contribution de la Communauté française de Belgique à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF.

²⁴ Cf. Article 41 du décret SMA.

²⁵ Cf. Contribution de la Communauté française de Belgique à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF.

²⁶ Cf. Contribution de la Communauté française au document de réflexion pour la conférence de Liverpool ; Contribution du Comité de concertation du Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel de la Communauté française sur le document de réflexion pour la conférence de Liverpool.

²⁷ Cf. Articles 41, 44 du décret SMA.

²⁸ Cf. Contribution du CSA de la Communauté française au document de réflexion sur la diversité culturelle et la promotion des productions audiovisuelles européennes et indépendantes.

Des services linéaires aux services non linéaires

L'apport bénéfique des quotas imposés aux services linéaires sur le paysage médiatique européen prédisposait une grande majorité des acteurs participant à l'élaboration de la directive SMA à leur transposition aux services non linéaires²⁹. Par ailleurs, ainsi que l'a retenu la directive dans ses considérants, des obligations similaires pour les services linéaires et non linéaires permettent d'éviter ou d'estomper les risques de distorsion de concurrence entre ces services³⁰. Néanmoins, cette transposition devait à l'évidence se faire de manière adaptée, flexible et réaliste, que ce soit au niveau des obligations d'investissements ou de catalogue, pour éviter d'entraver le développement des services non linéaires et tenir compte de leurs spécificités. Lors des discussions sur la révision de la directive TVSF, il apparaissait déjà que la mise en œuvre de mesures spécifiques aux services non linéaires pouvait s'articuler autour de trois objectifs : la contribution à la production de contenus européens, la mise en valeur et l'accès à ces contenus³¹.

Un argument a néanmoins été évoqué contre la transposition des articles 4 et 5 aux services non linéaires : le fait que le spectateur sélectionne lui-même les programmes qu'il souhaite regarder, quand il le souhaite, sans dépendre de la programmation établie par un éditeur de service. Cet argument perd de sa pertinence dès lors que dans le cadre des services linéaires déjà, les quotas étaient fondés sur la consommation potentielle des téléspectateurs et non sur leur consommation réelle³². Le rôle joué par le spectateur jouit toutefois d'une position particulière dans la directive SMA. La plupart des obligations du non-linéaire y sont allégées proportionnellement à la liberté de décision que le service offre au spectateur³³, hormis pour les règles fondamentales telles que celles liées à la protection des mineurs ou à l'interdiction de l'incitation à la haine³⁴.

Contrairement à la directive, qui préconise les notions de « *radiodiffusion télévisuelle* » et de « *services à la demande* », privilégiant en quelque sorte la personne qui détermine le moment de diffusion sur la donne technologique, la terminologie SMA adoptée en Communauté française met en évidence la neutralité technologique en optant pour les notions de « *services linéaires* et *non linéaires* », dont les définitions fonctionnent de pair. L'objectif de neutralité technologique est in fine le même, mais transparaît de manière différente, en fonction des antécédents légistiques. Antécédents qui pour la Communauté française ne s'accompagnaient pas des nuances apportées par la prise en compte de la personne qui détermine le moment de la diffusion, et qui soumettaient ainsi les services non linéaires à des règles initialement prévues pour les services linéaires³⁵. En effet, dès l'apparition de services à la

²⁹ Cf. Rapport final du groupe de travail 3 : la Diversité culturelle et la promotion de la production audiovisuelle européenne et indépendante, Conférence audiovisuelle de Liverpool – Entre la culture et le commerce, septembre 2005.

³⁰ Cf. ARENA Amedeo, « La mise en œuvre de la Directive Services de médias audiovisuels, entre règles du commerce international et diversité culturelle », in *Iris Spécial – A vos marques, prêts... partez ? La Directive Services de médias audiovisuels*, pp. 85-92, 2009 ; Prise de position de l'Union Européenne de Radiodiffusion sur les documents de réflexion pour la conférence de Liverpool sur l'audiovisuel, septembre 2005.

³¹ Cf. Contribution de la SACD à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF, juillet 2005 ; Contribution d'Eurocinéma à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF, 2005.

³² Cf. Contribution du CSA de la Communauté française au document de réflexion sur la diversité culturelle et la promotion des productions audiovisuelles européennes et indépendantes.

³³ Considérant 42 de la directive SMA : « *Les services de médias audiovisuels à la demande diffèrent de la radiodiffusion télévisuelle eu égard au choix, au contrôle que l'utilisateur peut exercer et à l'impact qu'ils ont sur la société. Cela justifie une réglementation plus légère des services de médias audiovisuels à la demande, qui ne devraient se conformer qu'aux règles minimales prévues par la présente directive* »

³⁴ Cf. HANOT, Muriel et STRAETMANS Valérie, « Transposition SMA en Communauté française. La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », in *Auteurs et Média n.4*, pp. 364-375, 30/10/2009

³⁵ Cf. LEFEBVRE, Axel, « La transposition de la Directive « Services de médias audiovisuels » en Communauté française de Belgique » in *R.D.T.I. n. 36, Doctrine*, pp. 63-82, 2009.

demande, le décret du 27 février 2003 de la Communauté française de Belgique s'est appliqué indifféremment aux services linéaires et non linéaires, arguant de la « neutralité technologique »³⁶. Cette position découlait de jurisprudences de la Cour constitutionnelle, interprétant les textes législatifs et la répartition des compétences entre les niveaux fédérés et fédéral, en fonction des évolutions technologiques audiovisuelles. C'est ainsi qu'un premier arrêt de la Cour élargit les compétences des Communautés, au-delà des contenus, aux aspects techniques de la radiodiffusion³⁷, avant qu'une nouvelle définition de la radiodiffusion, comprenant les termes « *quelle que soit la technique utilisée* » ne soit adoptée³⁸. Parallèlement, la convergence technique des infrastructures audiovisuelles s'est soldée par une obligation de coopération³⁹ entre les différents niveaux de pouvoir pour ces matières⁴⁰. Par ailleurs, cette jurisprudence fut complétée par une réflexion menée par le CSA, lors de l'autorisation délivrée à l'éditeur SiA pour ses services non linéaires. Les spécificités des nouveaux types de diffusion n'étaient dès lors pas prises en compte⁴¹. Cette expérience a démontré qu'une législation adaptée à ces services particuliers était préférable.

L'article 3 decies de la directive SMA, consacré aux services non linéaires, transpose dès lors de manière plus souple les articles 4 et 5 de la directive TVSF, tels que maintenus dans la nouvelle directive pour le linéaire. Les services non linéaires ne doivent pas répondre à des quotas stricts, mais à une mise en valeur des œuvres européennes, exemplifiée dans la directive SMA de manière non exhaustive⁴². Cette mise en valeur des œuvres européennes, doublée en Communauté française d'une obligation de contribution à la production, n'est donc pas l'expression d'une exclusion du principe des quotas, mais d'un système mieux adapté aux services non linéaires.

Si le développement des services linéaires est favorisé par cette mesure sur le territoire européen, les concurrents de ces services hors de l'Union européenne ne sont, en revanche, pas soumis à une réglementation similaire. Cette situation de potentielle concurrence déséquilibrée, imposée par l'Europe à ses éditeurs de services, démontre l'importance qu'elle donne à la promotion de la diversité culturelle⁴³.

Par ailleurs, cette réglementation équilibre les relations entre les diffuseurs européens et le secteur de la production audiovisuelle européenne, au bénéfice de ce dernier, en conférant une sécurité à ses œuvres. En effet, les œuvres audiovisuelles seront de plus en plus présentes sur les services non linéaires qui, selon Pascal Kamina, deviendront peu à peu leur principal utilisateur. Soumettre ces nouveaux services aux obligations auxquelles répondaient les services traditionnels permet donc à l'industrie audiovisuelle de ne pas voir cette aide se réduire au fil de la progression des services non

³⁶ Cf. HANOT, Muriel et STRAETMANS Valérie, « Transposition SMA en Communauté française. La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », in *Auteurs et Média n.4*, pp. 364-375, 30/10/2009 ; Cf. Résumé de l'Etude de la Commission européenne sur la mise en œuvre des mesures concernant la promotion de la distribution et de la production des œuvres européennes dans les services de médias audiovisuels, 28/05/2009.

³⁷ Cf. Arrêts n. 7/90 du 25 janvier 1990 et n. 1/91 du 7 février 1991.

³⁸ Cf. Arrêt n.128/2005 du 13 juillet 2005.

³⁹ Cf. Arrêts n. 132/2004 du 14 juillet 2004, n. 128/05 du 13 juillet 2005, n. 163/2006 du 8 novembre 2006.

⁴⁰ Cf. JOST Julien et QUECK Robert, « Concilier convergence et répartition des compétences en Belgique fédérale. Enjeux et perspectives », in *Régulation n. 36, Points de vue*, 2008.

⁴¹ Cf. LEFEBVRE, Axel, « La transposition de la Directive « Services de médias audiovisuels » en Communauté française de Belgique » in *R.D.T.I. n. 36, Doctrine*, pp. 63-82, 2009

⁴² Article 3 decies de la directive SMA : « (...) 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 ».

⁴³ Cf. ARENA Amedeo, « La mise en œuvre de la Directive Services de médias audiovisuels, entre règles du commerce international et diversité culturelle », in *Iris Spécial – A vos marques, prêts... partez ? La Directive Services de médias audiovisuels*, pp. 85-92, 2009.

linéaires⁴⁴. Cette hypothèse se concrétise dans les résultats de récentes études qui démontrent que les services non linéaires privilégient spontanément les œuvres américaines, mais également que les œuvres européennes sont moins représentées dans les catalogues des opérateurs exclusifs de services non linéaires que dans ceux des services non linéaires appartenant à des diffuseurs télévisuels traditionnels⁴⁵. La directive permet d'inverser la tendance et d'aplanir le déséquilibre entre l'Europe et les Etats-Unis⁴⁶. Sans compter que les services non linéaires constituent une véritable opportunité pour l'industrie audiovisuelle et cinématographique européenne. Selon Eurocinéma, ils offrent en effet un accès permanent à un catalogue où se trouve potentiellement rassemblée l'entièreté des œuvres européennes à un coût infime comparé à celui que nécessiterait un même service dans le monde physique⁴⁷.

L'importance de la double protection que ces articles confèrent aux œuvres européennes et à l'industrie qui les réalise semble d'ailleurs bien comprise par le secteur de l'audiovisuel. Sur l'ensemble des travaux préparatoires, tant à la modernisation de la directive, qu'à sa transposition dans le décret SMA, aucune allusion à la restriction de la liberté éditoriale qu'imposent ces articles n'a été évoquée. De plus, force est de constater qu'une majorité des Etats membres élaborent des règles plus strictes que celles imposées par la directive, dans certains cas pour promouvoir d'autres contenus que les seules œuvres européennes, tels que les œuvres en langue nationale ou des contenus musicaux locaux, comme c'est par exemple le cas en Communauté française⁴⁸. D'autre part, de nombreux éditeurs contrôlent eux-mêmes leur respect des obligations avant d'en faire rapport à l'instance de régulation⁴⁹ ou se dotent de monitoring interne pour vérifier ces aspects de leur programmation au jour le jour.

Vu le développement actuel et à venir des services non linéaires et le consensus que remportent les mesures liées à la promotion de la diversité culturelle, la suppression de certaines obligations, pour les services non linéaires, de même que la fréquence des rapports faits par les Etats membres à la Commission, diminuée de moitié, sont sans doute regrettables.

Les quotas musicaux européens, pourtant défendus lors des travaux d'élaboration de la directive SMA, n'ont été transposés dans aucune mesure propre aux services non linéaires. De même, aucune obligation portant sur les œuvres européennes indépendantes ne se retrouve dans l'article 3 decies. Pourtant, des études démontrent que les chaînes payantes diffusent nettement moins de productions indépendantes que les chaînes gratuites, alors que, si la majorité des services non linéaires proposés par les diffuseurs sont gratuits, la majorité des fournisseurs exclusivement non linéaires ont des revenus émanant directement des consommateurs⁵⁰. Ces éléments abandonnés lors de l'élaboration de la directive et du décret SMA ne sont donc pas en position de force sur le marché audiovisuel et ne sont a priori pas privilégiés par les acteurs de la diffusion. Il sera dès lors nécessaire de suivre leur

⁴⁴ Considérant 48 de la directive SMA : « *Les services de médias audiovisuels à la demande pourraient remplacer en partie la radiodiffusion télévisuelle. En conséquence, ils devraient favoriser, autant que possible, la production et la diffusion d'œuvres européennes et promouvoir ainsi activement la diversité culturelle. (...)* » repris dans l'article 63 du Projet de décret du Parlement de la Communauté française.

⁴⁵ Cf. KAMINA, Pascal, « Promouvoir les œuvres européennes dans les services à la demande. Incitation à l'action de la part des législateurs, des régulateurs et de l'industrie », in *Iris Spécial – A vos marques, prêts... partez ? La Directive Services de médias audiovisuels*, pp.77-82, 2009.

⁴⁶ Cf. Contribution de la SACD à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF, juillet 2005.

⁴⁷ Cf. Contribution d'Eurocinéma à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF, 2005.

⁴⁸ Cf. articles 41 à 44 du décret SMA.

⁴⁹ Cf. KAMINA, Pascal, « Promouvoir les œuvres européennes dans les services à la demande. Incitation à l'action de la part des législateurs, des régulateurs et de l'industrie », in *Iris Spécial – A vos marques, prêts... partez ? La Directive Services de médias audiovisuels*, pp.77-82, 2009.

⁵⁰ Cf. Résumé de l'Etude de la Commission européenne sur la mise en œuvre des mesures concernant la promotion de la distribution et de la production des œuvres européennes dans les services de médias audiovisuels, 28/05/2009.

évolution et le cas échéant, de prendre des mesures appropriées pour éviter leur disparition du paysage audiovisuel.

Enfin, l'article 3 de la directive ne prévient pas de l'ensemble des risques liés aux services non linéaires. Pour qu'ils puissent se développer de manière optimale et contrer la déferlante des contenus américains, il aurait fallu, selon Eurocinéma, éviter le développement de modèles nationaux divergents et peu performants, par exemple, qui entraînerait des effets progressifs de marginalisation⁵¹, plutôt que de veiller à construire un rapport de force équilibré entre les Etats-Unis et une Europe agissant en commun.

Des programmes de flux aux programmes de stock

Une des revendications majeures des acteurs sollicités lors des travaux de réflexion autour de la nouvelle directive était liée aux programmes de flux.

La volonté était, pour rendre les contrôles plus efficaces⁵², d'identifier de manière plus optimale le type d'œuvres visées par les obligations de promotion de la diversité culturelle, de préciser les catégories non éligibles⁵³ et de différencier les programmes de stock (qui ne sont pas liés au moment de la diffusion, peuvent être archivés) et de flux (en relation étroite avec le lieu et le moment de la diffusion, n'ayant dès lors pas d'intérêt à être conservés) lors de leur vérification⁵⁴. Certains acteurs, tels que la SACD, étaient même favorables à une restriction des œuvres bénéficiant de ces mesures aux seuls programmes de stock. En effet, les émissions de flux circulent difficilement entre les Etats, à l'inverse des films, séries télévisuelles ou documentaires, étant donné qu'elles sont étroitement dépendantes du moment de leur diffusion et du public ciblé. De plus, l'élimination du flux aurait entraîné une recherche de substituts favorable au marché des œuvres européennes non nationales⁵⁵. Dans sa législation nationale, la France a opté pour ce type de mesures par des calculs de quotas différenciés, fondés sur la différence de moyens que nécessitent les œuvres cinématographiques ou audiovisuelles (et leur rediffusion)⁵⁶.

Aucune distinction de cette nature n'a été adoptée dans la directive ou le décret SMA. Les œuvres de stock n'y bénéficient d'aucun avantage au détriment des œuvres de flux. En revanche, les services non linéaires exploitent majoritairement le matériel d'archives, avec une préférence pour le cinéma, les fictions télévisuelles et les documentaires, hormis pour les services qui se consacrent à l'actualité et aux grands événements⁵⁷. L'usage pallie donc l'absence de règle, pour les nouveaux services.

⁵¹ Cf. Contribution d'Eurocinéma à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF, 2005.

⁵² Cf. Contribution du Comité de concertation du Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel de la Communauté française sur le document de réflexion pour la conférence de Liverpool.

⁵³ Cf. Contribution de CSA de la Communauté française au réexamen de la directive TVSF (06/09/05).

⁵⁴ Cf. Contribution du Comité de concertation du Centre du Cinéma et de l'Audiovisuel de la Communauté française sur le document de réflexion pour la conférence de Liverpool.

⁵⁵ Cf. Contribution de la SACD à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF, juillet 2005 ; Contribution d'Eurocinéma à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF, 2005.

⁵⁶ Cf. Contribution du CSA français au document de réexamen de la directive TVSF : Des quotas se consacrent aux œuvres cinématographiques, distinguant diffusions et rediffusions, tandis que des quotas liés aux œuvres audiovisuelles sont basés sur le volume horaire. De la même manière, les émissions de plateaux sont exclues de la définition des œuvres européennes pour éviter qu'une heure de programme européen puisse être compensée par une heure de programme dont les coûts de production sont sensiblement inférieurs.

⁵⁷ Cf. Contribution du CSA de la Communauté française au document de réflexion sur la diversité culturelle et la promotion des productions audiovisuelles européennes et indépendantes ; Résumé de l'Etude de la Commission européenne sur la mise en œuvre des mesures concernant la promotion de la distribution et de la production des œuvres européennes dans les services de médias audiovisuels, 28/05/2009.

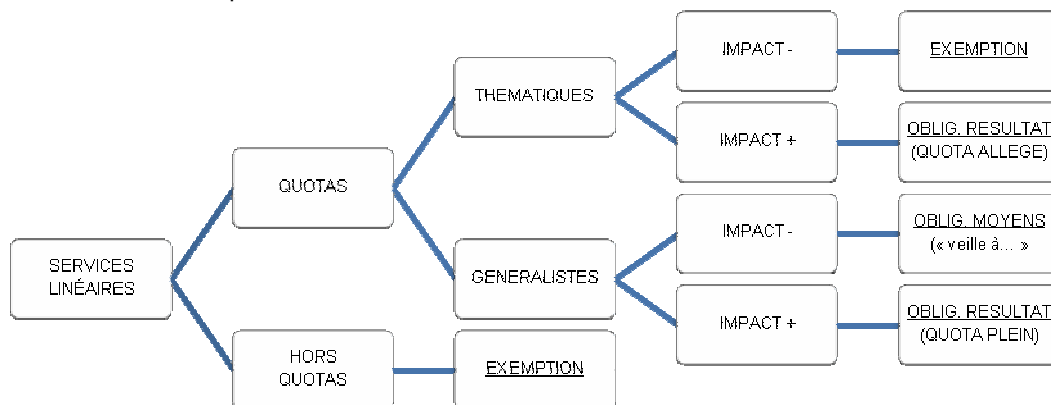
Si cette question pose le dilemme entre une législation stricte, difficilement applicable, et une législation souple avec les risques que cela entraîne, elle met également en évidence le conflit qui se joue entre la défense de l'industrie audiovisuelle et celle de l'identité de la télévision, diluée dans les services non linéaires. La véritable question semble dès lors être de savoir si les Européens sont actuellement prêts à sacrifier leur télévision traditionnelle, caractérisée entre autres par les programmes de flux, au profit d'une industrie cinématographique et audiovisuelle florissante ?

Entre rigueur et laxisme

La directive SMA reprend les articles 4 et 5 de la directive TVSF sans y apporter de modification majeure. Les articles du décret SMA qui s'y rapportent ne subissent pas non plus de modification essentielle.

Les travaux du Collège d'avis du CSA avaient pourtant proposé un système gradué d'application des quotas aux services linéaires. En effet, l'expression « *chaque fois que cela est réalisable* » de la directive introduit un principe d'exception que le Collège estimait être une source potentielle de dérives pour contourner les quotas. La solution proposée, pour éviter ce risque, était de dresser une liste, en droit interne, de circonstances précises lors desquelles l'exception serait acceptée. De cette manière, la philosophie de la mention de la directive était préservée, le système des quotas protégé et la règle restait adaptée à l'élargissement constant du paysage médiatique, ainsi qu'à ses évolutions.

Sur base de deux circonstances précises, la nature du service (thématique ou généraliste) et son impact (audience et attractivité publicitaire), le Collège avait élaboré une régulation progressive, adaptée et circonscrite, schématisée par ce tableau :



La volonté du Collège était de mettre en place une régulation raisonnable et proportionnée, applicable service par service, tout en n'affectant pas le jeu de la concurrence, les exceptions étant temporaires et limitées.

Pour les services non linéaires, le Collège d'avis souhaitait également mettre en œuvre une régulation graduée et souple, avec des conditions d'exceptions précises et le choix des modalités d'application laissé aux éditeurs. Les obligations devaient alors répondre à des objectifs quantitatifs et qualitatifs : des investissements dans la production audiovisuelle et dans des programmes, ainsi que la mise en valeur des œuvres dans le catalogue sous forme d'un mécanisme évaluable. La pertinence du système de régulation aurait elle-même été évaluée après sa mise en œuvre, en tenant compte de l'évolution de la concurrence entre services linéaires et non linéaires, ainsi que de l'attractivité de la Communauté française, en vue d'une éventuelle adaptation du dispositif.

Le décret de la Communauté française est finalement resté fidèle à la directive SMA et la régulation évolutive et adaptée prônée par le Collège d'avis a finalement été abandonnée au profit d'obligations

portant sur le comportement des éditeurs et non sur les résultats à atteindre, avec la portée relative que cela implique⁵⁸.

De manière générale, la directive SMA, comme le décret qu'elle a engendré, ont été élaborés dans une volonté d'évolution plus que de révolution, notamment parce que les nombreux collaborateurs invités à partager leur avis et leur expérience appartenaient au secteur « traditionnel » de la radiodiffusion, sans réelle représentation d'acteurs des nouveaux services⁵⁹.

Si ce manque d'innovation peut à certains égards sembler dommageable, il est néanmoins préférable à une législation en rupture totale avec le passé, qui se perdrait dans de nombreuses règles strictes et fermées, impossibles à vérifier et incompréhensibles pour le grand public. La directive et le décret SMA ont opté pour des règles générales et souples, qui confèrent toute leur importance aux différentes instances de régulation plutôt qu'aux textes, en leur laissant la possibilité de faire coïncider les règles avec les évolutions technologiques, le marché de l'audiovisuel et les spécificités nationales.

Vers un contrôle qualitatif ?

Il convient enfin d'observer le contrôle de la promotion de la diversité culturelle sous l'empire de la directive SMA. La plupart des pays de l'Union fondent leur surveillance de l'application des quotas sur les déclarations des éditeurs de services. En Communauté française de Belgique, les déclarations des éditeurs sont complétées par des échantillons collectés régulièrement et analysés annuellement par le régulateur. Les résultats sont rendus publics et peuvent, le cas échéant, donner lieu à une sanction⁶⁰. Cette procédure correspond aux orientations proposées par la Commission⁶¹.

Cette question du contrôle a été le sujet de nombreux débats et discussions lors des concertations préalables à la mise en œuvre de la directive et du décret SMA.

En revanche, il n'y a jamais été question, dans le cadre des services non linéaires, de la prééminence⁶², concept clef pour comprendre la promotion des œuvres européennes dans les services à la demande. La prééminence active désigne l'attitude qui consiste à donner des informations sur l'origine de la production, tandis que la prééminence passive revient à calculer la proportion d'œuvres européennes parmi des titres proposés aux consommateurs.

Actuellement, les services à la demande permettent rarement aux consommateurs de sélectionner des titres par origine de la production, même si certains services indiquent le pays d'origine dans la description des titres.

La prééminence peut se calculer en fonction de nombreux indicateurs (possibilité de rechercher par le pays d'origine, proportion de pages consacrées aux contenus européens, etc.) et est actuellement mal définie, engendrant de multiples interprétations possibles. Il serait dès lors risqué de la confiner dans une application stricte, au risque de nuire au développement créatif des services non linéaires⁶³.

⁵⁸ Cf. Contribution d'Eurocinéma à la consultation publique sur la révision de la directive TVSF, 2005.

⁵⁹ Cf. HANOT, Muriel et STRAETMANS Valérie, « Transposition SMA en Communauté française. La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », in *Auteurs et Média n.4*, pp. 364-375, 30/10/2009.

⁶⁰ Cf. Article 159 du décret SMA.

⁶¹ Cf. Contribution de la Communauté française au document de réflexion pour la conférence de Liverpool.

⁶² Cf. Résumé de l'Etude de la Commission européenne sur la mise en œuvre des mesures concernant la promotion de la distribution et de la production des œuvres européennes dans les services de médias audiovisuels, 28/05/2009.

⁶³ Cf. Résumé de l'Etude de la Commission européenne sur la mise en œuvre des mesures concernant la promotion de la distribution et de la production des œuvres européennes dans les services de médias audiovisuels, 28/05/2009.

Néanmoins, la passer sous silence dénote un manque d'intérêt pour cette notion, dans la lignée des quotas de diffusion appliqués aux services linéaires, privilégiant une quantité non identifiée à une information de qualité à destination des consommateurs.

Or, pour répondre de manière efficace à la promotion de la diversité culturelle, ne serait-il pas plus judicieux, de manière quelque peu didactique, de montrer clairement aux téléspectateurs ce qui fait partie de leur culture et la fonde, tout en évitant de « stigmatiser » les œuvres européennes ou de les exposer aux téléspectateurs « à leur insu » ? Dans les espaces de liberté permis par l'obligation de mise en valeur des œuvres européennes par les services non linéaires, il serait peut-être utile de prendre davantage en considération la prééminence active, qui peut devenir un des fondements du contrôle de la diversité culturelle et un gage de sa pérennité.

Anne Libert