

Synthèse et conclusions

du rapport de l'ERGA sur la compétence territoriale

1. IDENTIFICATION DES PROBLEMES

Cette section résume les problèmes soulevés par les membres de l'ERGA comme résultant de la distribution transfrontière de contenus audiovisuels, en adoptant une approche thématique et sans distinguer les différentes bases légales ou mécanismes pour chaque problème rencontré.

1.1 « Forum shopping »

De nombreux régulateurs considèrent que le principe du pays d'origine et celui de liberté d'établissement jouent un rôle important dans le développement d'un marché unique européen pour les services audiovisuels aujourd'hui. Toutefois, beaucoup d'autorités de régulation considèrent aussi que **ces principes sont à l'origine d'un risque de « shopping réglementaire »**, au sens où un fournisseur de services de médias audiovisuels (SMA) peut choisir de s'établir dans un Etat membre afin d'échapper à une réglementation plus stricte dans certains domaines ou une régulation plus active et efficace de manière générale. Dans les cas où l'activité d'un fournisseur de SMA ne nécessite pas que le service de média audiovisuels soit localisé dans l'Etat membre de réception, **un tel contournement pourrait être considéré comme délibéré**, et donc comme le motif du choix du lieu d'établissement.

De nombreux autres motifs d'établissement ont été identifiés, tels que des régimes fiscaux plus favorables, la présence d'un secteur de production audiovisuelle fiable et créatif, la localisation géographique, les revenus publicitaires, une bureaucratie moins contraignante, des infrastructures plus développées, et d'autres considérations économiques, ainsi que les publics ciblés.

1.2 Difficultés liées à la mise en œuvre des règles nationales plus strictes

Environ la moitié des régulateurs de l'ERGA considèrent que la liberté d'établissement a mené ou peut mener à **l'absence de règles du jeu uniformes, ou peut-être plutôt à des conditions de concurrence inéquitables**, entre les différents services de médias audiovisuels ciblant ou étant établis dans différents Etats membres, potentiellement en raison du fait que **les Etats membres ont choisi d'adopter des règles plus strictes** dans certains domaines, conformément à l'article 4 de la directive SMA. Certaines autorités de régulation nationale (ARN) ont souligné qu'il s'agit là d'une tension inhérente au sein de la directive SMA, qui cherche à réaliser un compromis entre, d'un côté, l'objectif de **faciliter la circulation transfrontière des contenus européens** et de l'autre, celui, social et démocratique, de **respecter la diversité culturelle** entre les Etats membres.

De nombreuses ARN se sont exprimées **en faveur du maintien de la possibilité pour les Etats membres d'adopter des règles plus strictes** afin de préserver la diversité culturelle, de satisfaire les objectifs des politiques publiques nationales, et donc de permettre aux Etats membres de protéger leurs citoyens, malgré leur incapacité à mettre en œuvre ces mêmes règles avec les mécanismes de régulation décrits ci-dessus.

Protection des consommateurs et pluralisme

La protection des consommateurs est un aspect central sur lequel le contenu rendu disponible auprès des citoyens d'un Etat membre par un fournisseur de SMA établi dans un autre Etat membre ou dans un pays tiers a un impact important. Ceci est particulièrement vrai dans le cas où le fournisseur établi dans un autre Etat membre occupe une présence significative sur le marché de l'Etat membre ciblé en termes de **parts élevées d'audience**. De manière prédominante, ceci concerne la protection des mineurs et la protection des consommateurs vis-à-vis de communications commerciales audiovisuelles interdites par les règles plus strictes d'un Etat membre mais autorisées par celles d'un autre.

Cette situation peut être à l'origine de problèmes importants pour les Etats membres :

- soit parce qu'ils ne sont alors pas en mesure d'imposer les règles plus strictes qui s'appliquent aux services pour lesquels ils sont compétents à des services qui se trouvent en dehors de leur champ de compétence territoriale, mais sont néanmoins disponibles dans leur pays ;
- ou parce que les mécanismes de la directive SMA permettant l'application de ces règles plus strictes par un Etat membre à des services qui se trouvent en dehors de son champ de compétence territoriale dans certaines circonstances sont perçues ou considérées comme difficile si ce n'est impossible à mettre en œuvre.

Aspects économiques

Plusieurs régulateurs ont souligné le fait que les SMA ciblant leur pays en étant établi dans un autre Etat membre peuvent avoir des effets négatifs sur leur marché national, puisque par exemple **certaines contributions obligatoires à la production de contenus audiovisuels ne s'appliquent pas** aux fournisseurs de services établis dans d'autres pays. Dans la même veine, certaines **pratiques publicitaires** de diffuseurs établis dans un certain Etat membre peut mener à ces distorsions du marché national dans un autre.

Plusieurs ARN ont mentionné des distorsions importantes sur leur marché national concernant les revenus publicitaires, en particulier dans les cas où les fournisseurs de SMA établis dans un autre Etat membre occupent une présence significative dans leur marché national. Des autorités ont exprimé leurs préoccupations quant au fait que des diffuseurs établis dans d'autres Etats membres que le leur attirent de grandes parts des budgets

publicitaires de l'industrie nationale en s'adressant spécifiquement aux citoyens du pays de destination.

2. PROBLEMES LIES AUX MECANISMES DE LA DIRECTIVE

2.1 Détermination de la compétence territoriale

Critères primaires de compétence

Les membres de l'ERGA ont une expérience pratique considérable de l'application des critères primaires de compétence établis par l'article 2(3) de la directive SMA. La plupart des ARN confirment que ces critères sont pertinents pour les services qu'ils régulent et fonctionnent bien. Néanmoins, un nombre significatif de régulateurs soulignent qu'ils ont rencontré **des difficultés dans l'application de ces critères et considèrent qu'ils ne sont plus efficaces**. Plusieurs mentionnent des conflits de compétence entre régulateurs. Six membres régulateurs ont fait l'expérience de ce type de conflit.

Les principaux thèmes évoqués sont :

1. un **manque de clarté** des critères eux-mêmes (en particulier un manque d'interprétation commune quant à la notion de « contrôle éditorial »), que certains régulateurs décrivent comme « vagues » et trop ouverts à l'interprétation ;
2. des **difficultés d'application des critères**, notamment au sujet de la vérification d'informations concernant l'activité des fournisseurs de services, et en lien avec la facilité d'établir un siège social dans n'importe quel Etat membre ; et
3. l'incertitude quant à la manière d'appliquer ces critères à des entreprises dont les **modèles d'affaires sont nouveaux et/ou inhabituels** (lorsque par exemple les fonctions sont divisées sur entre les territoires de plusieurs Etats, dont des pays tiers), et le fait que certaines entreprises se sont structurées en prenant en compte les critères actuels, d'une manière qui pourrait ressembler à du « **shopping réglementaire** ».

Critères secondaires de compétence

Beaucoup moins de membres de l'ERGA ont une expérience de l'application des critères secondaires, ou "techniques", prévus par l'article 2(4) de la directive SMA. Toutefois, ceux qui les ont appliqués en ont une expérience approfondie, ce qui nous permet de tirer des constats importants quant aux problèmes soulevés :

1. **L'application de ces critères** peut se révéler extrêmement difficile en pratique, du fait de la nature même de l'industrie de diffusion par satellite et de ses modèles d'affaires. Les problèmes qui en résultent sont liés à : un manque de compréhension quant aux obligations d'enregistrement pour les fournisseurs de services ; des

situations où plusieurs satellites transportent le même service et la facilité de migrer d'un satellite à un autre ; la sous-traitance en matière de liaisons montantes ; un manque de surveillance régulière des services disponibles sur un satellite donné (en liaison montante ou descendante) ; et le manque d'une interprétation commune pour le critère de l'« empreinte satellitaire ».

2. **Les problèmes de mise en œuvre de la réglementation** décrits semblent également provenir de la nature même de la diffusion satellitaire, qui implique souvent de plus d'acteurs s'inscrivant dans une chaîne de valeur plus complexe que pour la diffusion hertzienne. En particulier, des ARN ont rencontré des problèmes avec des services extra-européens transmis par des satellites européens, du fait de retards dans les communications et d'un manque de compréhension de l'environnement réglementaire européen par ces acteurs.
3. **Les limites de ces critères** ont également été mentionnées : ceux-ci ne s'appliquent en effet qu'aux diffusions par satellite et ne peuvent pas à présent être étendus aux services extra-européens disponibles au sein de l'UE par câble, IPTV ou sur l'internet ouvert afin de les soumettre à la directive SMA.

2.2 La liberté de réception, et les exceptions et dérogation à ce principe

Les membres de l'ERGA ont une expérience limitée de l'application de la procédure prévue par la directive SMA pour déroger au principe de liberté de réception, telle que prévue à l'article 3 de la directive. Presque aucune ARN ne s'est penchée sur la façon dont elle appliquerait le concept de violation « manifeste [...], sérieuse [...] ou grave [...] » des articles 6 ou 27 de la directive. Pour celles qui ont appliqué la procédure ou qui ont au moins envisagé sérieusement de l'appliquer, les critiques principales relatives à ces points de la réglementation concernent :

1. **la période de temps prévue** pour chaque étape de la procédure pour déroger à la liberté de réception dans le cas d'une diffusion en linéaire, fixée par l'article 3(2) de la directive SMA ; cette procédure est décrite par les régulateurs comme trop longue, et – à l'inverse – le délai de 15 jours prévu pour atteindre un « règlement à l'amiable » est jugé irréaliste ;
2. **l'absence de procédure d'urgence** (telle que celle que prévoit l'article 3(5) de la directive SMA pour les services non-linéaires) qui implique – conjointement avec les conditions détaillées de l'article 3(2) – qu'aucune action n'a pu être menée dans des situations d'urgence ; et
3. le manque de clarté quant à la notion de « **règlement à l'amiable** ».

2.3 Coopération formelle

Peu de régulateurs ont fait l'expérience de la procédure de coopération formelle prévue par l'article 4(2) de la directive SMA, bien que la moitié considèrent qu'il s'agit d'un moyen adapté pour répondre aux défis posés par la capacité des Etats membres à imposer des règles plus strictes au niveau national.

En pratique, **très peu d'ARN ont obtenu un résultat entièrement satisfaisant** à l'issue de l'utilisation de ce mécanisme, car il ne place aucune obligation sur les diffuseurs de se conformer à une demande de leur régulateur. Toutefois, on note que ce processus a permis de sensibiliser les fournisseurs de services à l'existence des règles plus strictes, et a parfois facilité l'obtention de compromis avec les diffuseurs. Un régulateur (norvégien) a fourni l'exemple de diffuseurs se soumettant volontairement aux règles plus strictes du pays de réception à l'issue d'une procédure de coopération formelle. Des exemples de diffuseurs qui adaptent leurs contenus au pays de réception sans qu'il y ait eu besoin de recourir à une demande formelle ont également été cités. Un nombre significatif de régulateurs qui ont tenté de mettre en œuvre ce mécanisme ont vu leurs demandes rejetées par les diffuseurs concernés.

2.4 Prouver le contournement volontaire des règles plus strictes

Les régulateurs n'ont mentionné **aucune tentative réussie de démontrer le contournement volontaire** des règles plus strictes d'un Etat membre de réception. Il y a à ce sujet un consensus au sein des membres de l'ERGA quant à la grande difficulté qu'il y a à prouver un contournement volontaire, et sur le fait que le manque d'indications relatives au faisceau de preuves qui serait nécessaire pour cela ne vient qu'ajouter à cette difficulté.

2.5 Coopération informelle

La coopération informelle est également envisagée par une majorité des membres de l'ERGA comme un moyen de résoudre les problèmes liés à la diffusion transfrontière de SMA. Toutefois, malgré les succès anecdotiques mentionnés par de nombreuses ARN, certains régulateurs ont souligné le fait que **la coopération informelle seule ne s'est pas révélée suffisante pour répondre aux défis plus importants** que constituent par exemple les problèmes de détermination de compétence.

3. RECOMMANDATIONS DE L'ERGA

Cette section synthétise les solutions possibles que propose l'ERGA aux défis exposés plus haut. En lien avec la structure du rapport, on distingue :

1. Les solutions non-législatives que l'ERGA pourrait mettre en œuvre ;

2. Les solutions non-législatives que la Commission européenne pourrait mettre en œuvre ;
3. Les solutions législatives qui impliquent des modifications des mécanismes liés au cadre réglementaire de la compétence territoriale ;
4. La coopération entre régulateurs ; et
5. Les solutions législatives qui nécessitent des changements plus importants dans le fonctionnement du cadre réglementaire de la compétence territoriale.

3.1 Solutions non-législatives que l'ERGA pourrait mettre en œuvre

I. Système commun d'information sur les services et les fournisseurs :

Les membres de l'ERGA soutiennent l'idée d'un système commun d'information sur les fournisseurs de services qui détiennent une autorisation ou une licence dans chaque Etat membre. Les régulateurs reconnaissent globalement que cela permettrait d'améliorer la coopération entre autorités de régulation et d'éviter les cas de multiplicité des autorisations.

Les ARN ont exprimé des opinions différentes quant au type d'information que devrait regrouper un tel système et à la forme qu'il devrait prendre. Par ailleurs, certains régulateurs ont souligné que des problèmes de ressources et les différences existantes quant aux compétences des autorités régulations pour collecter ce genre d'information rendaient nécessaire un approfondissement des discussions à ce sujet. Plusieurs ARN ont mentionné le travail conjoint de la Plateforme européenne des autorités de régulation (EPRA) et de l'Observatoire européen de l'audiovisuel (OEA) actuellement en cours en vue d'améliorer la base de données MAVISE.

L'échange de meilleures pratiques entre régulateurs pourrait être exploré plus avant dans le cadre du sous-groupe de l'ERGA sur *Créer une boîte à outils numérique européenne pour une régulation efficace et souple* qui a été créé dans le cadre du programme de travail 2016 de l'ERGA.

Recommandation 1 : l'ERGA considère qu'un système commun d'information sur les services de médias bénéficiant d'une licence ou d'une autorisation dans chaque Etat membre peut jouer un rôle important pour une mise en œuvre efficace du cadre réglementaire lié à la détermination de la compétence territoriale. L'ERGA prend note du travail conjoint de l'OEA et de l'EPRA actuellement en cours sur ce sujet et souligne son engagement à soutenir cette initiative.

II. Système commun d'information sur les cadres légaux nationaux :

L'ERGA soutient l'idée de développer un système d'information permettant de cartographier les différentes règles nationales, en ce que cela pourrait permettre une sensibilisation à l'existence des différentes interprétations nationales des règles sur les SMA. Afin de s'appuyer sur l'existant et de diminuer la quantité de travail administratif et de traduction que cela pourrait impliquer, l'*AVMS Database* de l'OEA peut être considérée comme une base appropriée, puisqu'elle recense – en anglais – les règles nationales plus strictes des domaines harmonisés par la directive SMA.

Recommandation 2 : l'ERGA soutient l'approfondissement de tout système de partage d'information sur les cadres législatifs nationaux pour aider à sensibiliser les acteurs du secteur aux différentes interprétations nationales des règles sur les SMA.

III. Echange de bonnes pratiques :

L'ERGA soutient toute initiative de coopération informelle et d'échange de bonnes pratiques. Les régulateurs ont produit une gamme de propositions concernant les domaines où ils pourraient collaborer pour développer des approches communes sur la base de leur expérience. Cela inclut l'interprétation des critères d'établissement, la mise en œuvre de l'article 3 (sur les dérogations au principe de liberté de réception) et la détermination des cas où un service cible « entièrement ou principalement » le territoire d'un Etat membre.

Recommandation 3: l'ERGA envisagera à l'avenir les moyens de promouvoir une approche commune de la mise en œuvre de certains domaines-clés du cadre réglementaire lié à la détermination de la compétence territoriale.

3.2 Solutions non-législatives que la Commission pourrait mettre en œuvre

L'ERGA soutient le principe d'une clarification de plusieurs aspects du cadre lié à la compétence territoriale dans la directive SMA, et en particulier sur l'application des critères d'établissement (article 2), sur la possibilité de restreindre les transmissions (article 3) et sur les procédures anti-contournement (article 4). Il existe pour cela une batterie d'instruments non-législatifs à disposition de la Commission, qui pourraient constituer des solutions possibles, y compris du droit souple (Recommandations) et/ou des instructions officielles.

Recommandation 4 : ce rapport de l'ERGA liste plusieurs initiatives non-législatives destinées à clarifier des éléments du cadre lié à la compétence territoriale dans la directive SMA. Si la Commission choisit de les utiliser, l'ERGA souhaiterait être associé à ces initiatives.

3.3. Solutions législatives impliquant des modifications des mécanismes liés au cadre réglementaire de la compétence territoriale

I. Article 2 – Les critères primaires d'établissement

L'ERGA appelle la Commission à agir pour clarifier les critères d'établissement, en particulier sur des concepts tels que le « contrôle éditorial ».

Recommandation 5 : L'ERGA appelle la Commission à réviser et à clarifier les critères primaires de compétence territoriale, afin d'assurer une application plus harmonisée de concepts-clés tels que le « contrôle éditorial ».

II. Article 2 – Les critères secondaires d'établissement

Les avis des membres de l'ERGA sont partagés sur la nécessité d'amender les critères secondaires pour couvrir les services non-européens distribués par d'autres technologies que le satellite (par câble, IPTV ou internet ouvert par exemple). Plusieurs régulateurs ont émis des suggestions sur comment cela pourrait être fait en pratique.

Recommandation 6 : l'ERGA pourrait approfondir ses travaux sur une éventuelle modification des critères secondaires de compétence pour couvrir les services non-européens distribués par d'autres technologies que le satellite.

III. Article 3 – Dérogation au principe de liberté de réception

L'ERGA appelle la Commission à rendre la procédure de dérogation plus efficace et à clarifier certaines de ses modalités. L'ERGA soutient aussi l'idée que les motifs de dérogation soient les mêmes sur les services linéaires et à la demande.

Recommandation 7 : L'ERGA appelle la Commission à réviser et à clarifier la procédure administrative de dérogation au principe de liberté de réception prévue à l'article 3 de la directive SMA. A cette fin, la Commission devrait s'assurer que la procédure est efficace et applicable en pratique, et non trop longue et formaliste.

Recommandation 8 : L'ERGA soutient l'idée que les motifs de dérogation doivent être les mêmes pour tous les services de médias audiovisuels. L'ERGA doit approfondir ses travaux pour déterminer si ces motifs doivent être harmonisés par le haut ou par le bas. De plus, la procédure d'urgence prévue à l'article 3(5) de la directive devrait s'appliquer à tous les services de médias audiovisuels.

IV. Article 4.2 – La procédure de coopération formelle

L'ERGA soutient l'extension de l'application de la procédure de coopération renforcée, prévue à l'article 4(2) aux services à la demande.

Recommandation 9 : l'ERGA considère que, dans une directive SMA révisée, la procédure de coopération formelle prévue à l'article 4(2) doit aussi s'appliquer aux services à la demande.

Considérant que seul un très petit nombre de membres a obtenu un résultat totalement satisfaisant à l'issue des procédures de coopération formelle, et que la plupart d'entre eux ne sont pas parvenus à faire respecter leurs règles plus strictes par des fournisseurs de services sous la compétence d'un autre Etat membre, l'ERGA suggère que cette procédure soit simplifiée et améliorée.

Recommandation 10 : l'ERGA considère que la Commission européenne doit améliorer la procédure de coopération formelle prévue par l'article 4(2) de la directive SMA.

V. Article 4.3 – La procédure dite « anti-contournement »

Les membres de l'ERGA ont une expérience limitée de cette procédure. Une majorité d'entre eux ont toutefois signalé les difficultés à démontrer la volonté de contourner les règles plus strictes mises en œuvre par un Etat membre. L'ERGA considère que la procédure anti-contournement doit être révisée et rendue plus claire.

Recommandation 11 : l'ERGA appelle la Commission européenne à réviser, clarifier et simplifier la procédure concernant les cas de contournement des règles plus strictes ou plus détaillées adoptées par un Etat membre.

L'ERGA considère que le dispositif anti-contournement doit aussi s'appliquer aux fournisseurs de services à la demande.

Recommandation 12 : l'ERGA considère que, au sein d'une directive SMA révisée, le dispositif anti-contournement prévu à l'article 4(3) de la directive SMA doit aussi s'appliquer aux fournisseurs de services à la demande.

VI. Coopération entre régulateurs

Le concept de coopération informelle, non défini par la législation, est compris de différentes manières mais toujours très apprécié des régulateurs.

Recommandation 13 : les membres de l'ERGA appellent la Commission européenne à collaborer avec l'ERGA pour assurer une coopération optimale entre régulateurs sur les sujets liés à la compétence territoriale.

3.4 Modifications législatives nécessitant des changements plus importants au sein de la directive SMA

I. Modifications possibles de l'approche du principe du pays d'origine

Les membres de l'ERGA ont exprimé des avis différents sur la nécessité de faire évoluer l'approche actuelle du principe du pays d'origine dans la directive SMA. De nombreux membres de l'ERGA soutiennent le principe du pays d'origine mais proposent des modifications visant à mettre en place une approche du « pays de destination » dans un ou plusieurs domaines particuliers. Ces domaines comprennent notamment les **obligations sur les contenus** (ex. : protection des mineurs, catégories publicitaires) ou les mécanismes de **promotion culturelle** (ex. : quotas pour les contenus ou obligations financières). Certains considèrent que le principe du pays de destination ne devrait s'appliquer qu'à certains services particuliers, tels que les **services provenant de pays tiers**, ou les **services à la demande**. D'autres suggèrent que le pays de destination pourrait être déterminé en se référant à **l'impact sur les publics, sur le marché, sur les parts de marchés et sur l'activité économique dans le pays ciblé**, lorsqu'un marché est ciblé. Des membres ont également opposé des objections à une approche impliquant le pays de destination, certains membres exprimant des préoccupations quant aux implications pour la libre circulation des services et le pluralisme des médias au sein de l'UE.

Recommandation 14 : l'ERGA pourrait mener des travaux complémentaires sur de possibles adaptations du principe du pays d'origine dans le cadre de ses futurs travaux.

II. Harmonisation des autorisations et licences

Les membres de l'ERGA ont exprimé des avis différents sur la nécessité d'harmoniser le cadre relatif aux autorisations et licences. Les opinions des membres sont aussi partagées quant à la mise en œuvre éventuelle d'un système de reconnaissance mutuelle des décisions liées à la révocation des licences et autorisations. D'une manière générale, les régulateurs sont favorables à un échange des meilleures pratiques sur les procédures d'autorisation et d'attribution des licences.

Recommandation 15 : à ce stade des travaux, l'ERGA soutient l'échange actuel entre régulateurs sur les meilleures pratiques relatives aux procédures d'autorisation et d'attribution des licences. Ce sujet pourrait être inclus au sein du sous-groupe de l'ERGA sur *Créer une boîte à outils numérique européenne pour une régulation efficace et souple* qui a été créé dans le cadre du programme de travail 2016 de l'ERGA