

Collège d'autorisation et de contrôle

Recommandation relative au périmètre de la régulation des services de médias audiovisuels

1. Introduction

1.1. Développement des nouveaux médias audiovisuels et adaptation récente du contexte législatif

Corollaire du déploiement des technologies numériques et de la convergence des réseaux, les médias audiovisuels d'un type nouveau connaissent un développement sans précédent, que ce soit sur les plateformes de distribution audiovisuelles traditionnelles ou sur les nouvelles plateformes ouvertes, et singulièrement l'Internet.

La migration numérique des moyens de production et de diffusion/distribution et l'accès des nouveaux acteurs aux plateformes ouvertes de distribution ont également pour conséquence que la création d'un média – potentiellement – de masse est devenue une activité largement accessible, avec des entraves techniques et financières minimales. La web TV et la web radio, utilisables par le plus grand nombre et d'accès facile, offrent un mode d'expression démocratique par excellence et une occasion unique de développer l'initiative et le pluralisme.

Cette révolution du paysage audiovisuel a commandé une refonte majeure du cadre réglementaire. Les nouveaux services de médias audiovisuels qui offrent des contenus comparables à ceux de la radiodiffusion traditionnelle entrent en concurrence avec eux. Dès lors, selon le principe de la neutralité technologique, ces contenus audiovisuels distribués sur les différentes plateformes doivent pouvoir faire l'objet d'une régulation équivalente. Cette régulation garante d'une protection des utilisateurs doit dans le même temps garantir la liberté d'expression et encourager tant la créativité que l'innovation.

C'est l'objectif qui a été poursuivi en 2007 par la directive européenne dite « directive SMA »¹, qui a modifié en profondeur la directive dite « télévision sans frontières » (TVSF) de 1989². Alors que, dans son ancienne version, la directive ne s'appliquait qu'aux *organismes de radiodiffusion*, c'est-à-dire aux médias audiovisuels linéaires, elle s'applique, dans sa nouvelle version³, à tous les *services de médias audiovisuels* (SMA), notion plus large couvrant à la fois les médias audiovisuels linéaires et non linéaires.

Les nouveaux médias qui, pour la plupart, sont non linéaires, sont ainsi entrés dans le champ de la régulation. Toutefois, le législateur européen ne les a pas soumis aux mêmes règles que les médias audiovisuels linéaires. A côté d'un certain nombre de règles communes, il a en effet prévu des règles

¹ Directive 2007/65/CE du P.E. et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 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.

² Directive 89/552/CEE du Conseil 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

³ Directive 2010/13/UE du P.E. et du conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels. Cette version reprend la directive TVSF originaire de 1989 avec toutes ses modifications successives, et donc notamment celles introduites par la directive SMA de 2007. Les numéros d'articles et de considérants de la directive cités dans la présente recommandation sont ceux de cette version coordonnée.

différentes selon la nature linéaire ou non linéaire du média et moins contraignantes pour les médias non linéaires ou « à la demande ». Ce système de régulation graduée permet précisément d'assurer la protection du public sans brider inutilement la créativité.

En Communauté française de Belgique, la directive SMA a été transposée par un décret du 5 février 2009⁴ qui a modifié le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion et changé son intitulé en décret sur les services de médias audiovisuels. Ce décret a été coordonné par un arrêté du gouvernement du 26 mars 2009 et s'intitule désormais « décret coordonné sur les services de médias audiovisuels » (ci après, « le décret SMA » ou « le décret »).

Comme dans la directive, c'est désormais la notion de SMA qui détermine le champ d'application du décret.

L'article 2, §§ 1^{er} et 2 du décret est en effet libellé comme suit :

« § 1^{er}. *Sans préjudice des dispositions particulières applicables à la RTBF, le présent décret s'applique à toute activité relative aux services de médias audiovisuels.*

§ 2. *Est soumis au présent décret tout éditeur de services, tout distributeur de services et tout opérateur de réseau qui relève de la compétence de la Communauté française*⁵. »

1.2. Compétence matérielle et compétence territoriale

Au vu de ce qui précède, le champ d'application du décret – et, partant, le champ de compétence du CSA, chargé d'appliquer ce dernier – est déterminé de deux manières :

- Sur un plan *matériel* : le CSA est compétent envers les éditeurs de services, distributeurs de services et opérateurs de réseau pour tout ce qui concerne leurs activités relatives aux SMA ;
- Sur un plan *territorial* : le CSA est compétent à leur égard s'ils relèvent de la compétence de la Communauté française.

Pour déterminer si une activité tombe dans le champ de compétence du CSA, il faut donc pouvoir répondre à deux questions : est-elle relative à un SMA et son auteur relève-t-il de la compétence de la Communauté française ?

D'une part, pour savoir si l'activité est relative à un SMA, il faut confronter le média à la définition de l'article 1^{er}, 48° du décret. Le SMA y est décrit comme « *un service relevant de la responsabilité éditoriale d'un éditeur de services, dont l'objet principal est la communication au public de programmes télévisuels ou sonores par des réseaux de communications électroniques, dans le but d'informer, de divertir et d'éduquer ou dans le but d'assurer une communication commerciale. Outre les services répondant à cette définition, le télétexte est également considéré comme un service de médias audiovisuels en étant soumis uniquement aux articles 9 à 15, 31, 32 et 4* ».

Sera qualifié de SMA, le service qui répond aux sept critères cumulatifs⁶ suivants :

1. Être un service
2. Être édité sous la responsabilité éditoriale d'un éditeur
3. Avoir l'audiovisuel pour objet principal
4. Être destiné au public
5. Être composé de programmes télévisuels ou sonores

⁴ Décret du 5 février 2009 modifiant le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion et le décret du 9 janvier 2003 relatif à la transparence, à l'autonomie et au contrôle des organismes publics, des sociétés de bâtiments scolaires et des sociétés de gestion patrimoniale qui dépendent de la Communauté française.

⁵ Les critères selon lesquels les éditeurs, distributeurs et opérateurs peuvent être considérés comme relevant de la compétence de la Communauté française sont exposés aux §§ 3 à 8 de l'article 2.

⁶ Considérant 29 de la directive.

6. Etre communiqué par des réseaux de communications électroniques
7. Poursuivre le but d'informer, de divertir, d'éduquer ou d'assurer une communication commerciale.

D'autre part, pour savoir si l'auteur de l'activité impliquant le SMA relève de la compétence de la Communauté française, il faut identifier, selon le cas, son éditeur, distributeur ou opérateur.

S'agissant des *éditeurs*, le § 3 de l'article 2 du décret SMA dispose que ressort de la compétence de la Communauté française tout éditeur de services qui « *est établi en Région de langue française* » ou qui « *est établi en région bilingue de Bruxelles-Capitale et dont les activités doivent être rattachées exclusivement à la Communauté française* ».

Pour déterminer le lieu d'établissement d'un éditeur de services, le § 4 de l'article 2 prévoit une série de critères, que l'on peut résumer à l'aide du tableau ci-dessous. Tout éditeur de services dont les caractéristiques correspondent à l'une des lignes horizontales de ce tableau dans le champ de compétence de la Communauté française de Belgique et, par conséquent, du CSA.

Référence au décret (art. 2 § 4)	Lieu du siège social	Lieu où sont prises les décisions éditoriales	Lieu où opère une partie importante des effectifs employés	Autres(s) condition(s)
a)	CF	CF	indifférent	/
b), al.2	CF	UE ou EEE	CF	/
b), al. 3	UE ou EEE	CF	CF	/
c)	CF	UE ou EEE	CF et UE ou EEE	/
d)	indifférent	indifférent	Ni CF, ni lieu du siège social, ni lieu où sont prises les décisions éditoriales	-Avoir commencé à émettre légalement en CF -Maintenir un lien économique stable et réel avec la CF
e), al. 2	CF	Ni UE, ni EEE	CF	/
e), al. 3	Ni UE, ni EEE	CF	CF	/

CF = Communauté française (dont l'aire de compétence territoriale comprend la région de langue française et la région bilingue de Bruxelles-Capitale pour autant, dans le deuxième cas, que les activités de l'éditeur soient rattachées exclusivement à la Communauté française).

UE = Etat membre de l'Union européenne.

EEE = Etat Partie à l'Accord sur l'Espace économique européen.

En outre, le § 5 de l'article 2 du décret ajoute que les éditeurs de services qui ne sont pas établis dans un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'Accord sur l'Espace économique européen, et qui ne sont donc pas réputés établis en région de langue française ou en région bilingue de Bruxelles-Capitale au sens de l'article 2 § 4, relèvent également de la compétence de la Communauté française s'ils distribuent ou font distribuer un ou plusieurs de leurs services en utilisant une liaison montante vers un satellite qui est situé sur le territoire de la Communauté française, ou, à défaut d'une telle liaison montante, en utilisant une capacité satellitaire qui relève de la compétence de la Communauté française.

Enfin, le § 6 de l'article 2 dispose, à titre subsidiaire uniquement, que tout éditeur de services qui est réputé établi en région de langue française ou en région bilingue de Bruxelles-Capitale au sens des articles 43 à 48 du Traité instituant la Communauté européenne est soumis à la compétence de la Communauté française. Aujourd'hui, ces articles sont devenus les articles 49 à 54 du traité sur le

Fonctionnement de l'Union européenne. Ils organisent la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne. La référence qui leur est faite vise à éviter un vide de compétence⁷.

S'agissant des *distributeurs* et *opérateurs*, ce sont les §§ 7 et 8 de l'article 2 du décret qui déterminent quand leurs activités entrent dans le champ de compétence de la Communauté française. Ces règles de compétence ne sont pas influencées par l'origine des services de médias audiovisuels qui transitent par eux.

1.3. Objet et objectif de la présente recommandation

Face aux possibilités offertes par Internet et à une production médiatique qui n'est plus uniquement réservée aux secteurs professionnels traditionnels et qui peut se développer dans des formats de plus en plus divers et originaux, un devoir de pédagogie accru est nécessaire. Il convient en effet que toute personne désireuse de lancer un nouveau média puisse déterminer avec un degré satisfaisant de prévisibilité quelle réglementation lui sera applicable.

Dès lors, la présente recommandation a pour objet d'explicitier, à l'attention des éditeurs de services potentiels et actuels et, indirectement, à l'attention des distributeurs de services et opérateurs de réseau, la manière dont le CSA entend interpréter la notion de SMA et les sept critères qui la définissent. En effet, bien que la notion de SMA et les critères de rattachement de ceux-ci à la compétence de la Communauté française soient définis dans le décret, ce dernier appelle inévitablement un certain degré d'interprétation pour sa mise en œuvre.

Pour fonder son interprétation, le CSA s'est basé sur des sources de droit diverses, telles que les travaux préparatoires du décret SMA, la directive SMA, ses considérants et ses travaux préparatoires. Il s'est également inspiré des travaux de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, des législations d'autres Etats européens et des prises de position d'autres autorités de régulation membres de l'EPRA⁸ (European Platform of Regulatory Authorities). Enfin, les acteurs œuvrant dans le secteur de l'audiovisuel (éditeurs, sociétés de gestion collective, organisations professionnelles, administrations publiques, avocats,...) ont également été associés à la démarche du CSA au travers d'une consultation publique⁹ et d'un séminaire ouvert aux parties intéressées.

Par la présente recommandation, le CSA espère atteindre un double objectif :

- garantir aux acteurs du marché une certaine *sécurité juridique* quant aux obligations susceptibles de s'imposer à eux ;
- garantir à ces mêmes acteurs une *égalité de traitement* dans la mesure où les critères devront être interprétés de la même manière dans tous les cas.

1.4. A quelles règles sont soumis les SMA ?

Si un service remplit les sept critères de la définition décrétales et peut être qualifié de SMA, cela entraîne pour son éditeur un certain nombre d'obligations dont le respect est contrôlé par le CSA.

La présente recommandation s'adressant principalement aux éditeurs – car c'est d'eux que dépendra la qualification de leur média en SMA – il apparaît utile de rappeler brièvement, ici, les implications, pour eux, d'une telle qualification.

⁷ Considérant 35 de la directive SMA.

⁸ www.epra.org

⁹ Contributions disponibles sur <http://csa.be/consultations/16>.

Pour les éditeurs, la régulation implique le respect d'un certain nombre de règles communes à tous les médias mais aussi de règles propres à certaines catégories de médias¹⁰.

Le but des règles communes est d'assurer au public une protection de base à laquelle il peut légitimement s'attendre face à tout média audiovisuel, quel que soit son support ou mode de diffusion. Les règles propres à certaines catégories de médias permettent, quant à elles, de faire preuve de souplesse face à certains types de médias qui, en raison de caractéristiques propres, nécessitent, sur certains aspects, des règles moins contraignantes ou simplement différentes.

Cette régulation graduée permet donc de protéger le public tout en préservant au maximum l'autonomie des éditeurs. Elle permet également, en s'imposant de la même manière à tous les médias de la même catégorie, d'assurer une concurrence loyale entre les éditeurs.

Concrètement, les obligations s'imposant aux éditeurs de SMA peuvent être synthétisées dans les tableaux suivants¹¹ :

¹⁰ Médias linéaires et non linéaires, télévisuels et sonores, distribués sur plateforme ouverte et sur plateforme fermée.

¹¹ Ces tableaux ne constituent qu'une simple synthèse indicative. Pour avoir une vision plus précise de leurs obligations, les éditeurs sont invités à consulter les articles du décret cités en référence.

SMA télévisuels en général					
<ul style="list-style-type: none"> - Transparence (art. 6) - Pluralisme (art. 7) - Interdiction de diffuser des programmes : <ul style="list-style-type: none"> • contraires aux lois, à l'intérêt général, à la dignité humaine ou contenant des incitations à la discrimination, à la haine ou à la violence • susceptibles de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs (sauf exceptions) • favorisant un courant de pensée, de croyance ou d'opinion constituant une menace pour les libertés fondamentales ou visant à abuser de la crédulité du public (art. 9) - Communication commerciale : règles diverses quant au contenu, à l'identification, à l'objet et à la durée des différentes formes de communication commerciale (art. 10 à 21 et 24 à 32) - Application des règlements du Collège d'avis qui réglementent l'accessibilité des programmes aux personnes à déficience sensorielle (art. 33) - Mise en œuvre de procédures destinées à respecter la législation sur le droit d'auteur + droits voisins (art. 35) - Obligation de conserver une copie des programmes (art. 37) - Rapport annuel (art. 40) - Contribution à la production audiovisuelle si chiffre d'affaires > 300.000 € (art. 41) - Respect de la chronologie des médias (art. 42) 					
Services linéaires			Services non linéaires		
<ul style="list-style-type: none"> - Protection des mineurs via une signalétique + heure de diffusion appropriée ou accès conditionnel (art. 9) - Durée de la publicité et des spots de télé-achat limitée à 20% du temps par heure d'horloge (art. 20, § 1^{er}) - Quotas de musique de la CF (art. 43, 1°) - Quotas de programmes dont la V.O. est d'expression française (art. 43, 2°) - Quotas de programmes en langue française (art. 43, 3°) - Quotas d'œuvres européennes et indépendantes (art. 44) 			<ul style="list-style-type: none"> - Protection des mineurs via une signalétique + accès conditionnel (art. 9) - Durée de la publicité et des spots de télé-achat limitée à 20% du temps par programme (art. 20, § 2) - Mise en valeur des œuvres européennes (art. 46) 		
Diffusion sur plateforme fermée (essentiellement les réseaux câblés)		Diffusion sur plateforme ouverte (essentiellement Internet)	Diffusion sur plateforme fermée (essentiellement les réseaux câblés)		Diffusion sur plateforme ouverte (essentiellement Internet)
<ul style="list-style-type: none"> - Indépendance par rapport aux gouvernements, partis politiques et organisations représentatives des travailleurs/employeurs (art. 36, § 1^{er}, 5°) - Objectivité/qualité de l'information (art. 36, § 1^{er}, 2° à 4°) - Constitution sous forme de soc. comm. (art. 36, § 1^{er}, 1°) 			<ul style="list-style-type: none"> - Indépendance par rapport aux gouvernements, partis politiques et organisations représentatives des travailleurs/employeurs (art. 36, § 1^{er}, 5°) - Objectivité/qualité de l'information (art. 36, § 1^{er}, 2° à 4°) - Constitution sous forme de soc. comm. (art. 36, § 1^{er}, 1°) 		
Hertzien	Autre		Hertzien	Autre	
Autorisation (appel d'offres)	Déclaration	Déclaration	Autorisation (appel d'offres)	Déclaration	Déclaration

SMA sonores en général					
<ul style="list-style-type: none"> - Transparence (art. 6) - Pluralisme (art. 7) - Interdiction de diffuser des programmes : <ul style="list-style-type: none"> • contraires aux lois, à l'intérêt général, à la dignité humaine ou contenant des incitations à la discrimination, à la haine ou à la violence • susceptibles de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs (sauf exceptions) • favorisant un courant de pensée, de croyance ou d'opinion constituant une menace pour les libertés fondamentales ou visant à abuser de la crédulité du public (art. 9) - Communication commerciale : règles diverses quant au contenu, à l'identification, à l'objet et à la durée des différentes formes de communication commerciale (art. 10 à 17 et 22 à 24) - Application des règlements du Collège d'avis qui réglementent l'accessibilité des programmes aux personnes à déficience sensorielle (art. 33) - Mise en œuvre de procédures destinées à respecter la législation sur le droit d'auteur + droits voisins (art. 35) - Obligation de conserver une copie des programmes (art. 37) - Rapport annuel (art. 58, § 4 et 62) 					
Services linéaires			Services non linéaires		
<ul style="list-style-type: none"> - Protection des mineurs via une signalétique + heure de diffusion appropriée ou accès conditionnel (art. 9) - Durée de la publicité et des spots de télé-achat limitée à 20% du temps par heure d'horloge (art. 22, § 1^{er}) 			<ul style="list-style-type: none"> - Protection des mineurs via une signalétique + accès conditionnel (art. 9) - Durée de la publicité et des spots de télé-achat limitée à 20% du temps par programme (art. 22, § 2) 		
Diffusion sur plateforme fermée (essentiellement la FM)		Diffusion sur plateforme ouverte (essentiellement Internet)	Diffusion sur plateforme fermée (essentiellement la FM)		Diffusion sur plateforme ouverte (essentiellement Internet)
<ul style="list-style-type: none"> - Indépendance par rapport aux gouvernements, partis politiques et organisations représentatives des travailleurs/employeurs (art. 36, § 1^{er}, 5°) - Objectivité/qualité de l'information, sauf exceptions (art. 36, § 1^{er}, 2° à 4° et § 2) - Constitution sous forme de soc. comm., sauf exceptions (art. 36, § 1^{er}, 1° et § 2) - Promotion culturelle (art. 53, § 2, 1°, a et 61, 1°) - Quotas de production propre (art. 53, § 2, 1°, b et 61, 2°) - Emission en langue française (art. 53, § 2, 1°, c et 61, 3°) - Quotas d'œuvres musicales en français et de la CF (art. 53, § 2, 1°, d et 61, 4°) 			<ul style="list-style-type: none"> - Indépendance par rapport aux gouvernements, partis politiques et organisations représentatives des travailleurs/employeurs (art. 36, § 1^{er}, 5°) - Objectivité/qualité de l'information, sauf exceptions (art. 36, § 1^{er}, 2° à 4° et § 2) - Constitution sous forme de soc. comm., sauf exceptions (art. 36, § 1^{er}, 1° et § 2) - Promotion culturelle (art. 61, 1°) - Emission en langue française (art. 61, 3°) 		
Hertzien (analogique et numérique)	Autre		Hertzien (analogique et numérique)	Autre	
Autorisation (appel d'offres) + Participation au FACR pour les réseaux (art. 61, 5°)	Déclaration	Déclaration	Autorisation (appel d'offres)	Déclaration	Déclaration

Il ressort de ces tableaux que, pour les médias audiovisuels diffusés sur Internet (qui constitue une plateforme ouverte), les obligations spécifiques sont relativement limitées.

Sur le plan administratif, de tels médias ne sont tenus qu'à trois contraintes :

1. ils doivent se déclarer conformément à l'article 38 du décret pour les services télévisuels et à l'article 59 pour les services sonores. Les données à fournir dans la déclaration sont des données de base permettant d'identifier le service ;
2. ils doivent satisfaire à leur obligation de transparence et rendre publiques un certain nombre d'informations de base les concernant conformément à l'article 6 du décret. Ces données coïncident, pour certaines, avec celles figurant dans la déclaration ;
3. ils doivent adresser un rapport annuel au CSA. En pratique, ce rapport sera assez succinct au vu du faible nombre d'obligations structurelles qui s'imposent aux SMA diffusés sur plateforme ouverte. En effet, les SMA diffusés sur plateforme ouverte, comparativement aux SMA diffusés sur plateforme fermée, se caractérisent par le caractère illimité de l'offre qui suffit, dans certains cas, à garantir le pluralisme¹². Les obligations qui s'imposent à eux sont donc moindres (par exemple, pas d'obligation d'indépendance par rapport aux gouvernements, partis politiques et organisations représentatives des travailleurs/employeurs ; pas d'obligations spécifiques en cas de diffusion d'information).

La régulation ambitionne de créer un environnement favorable à l'émergence des nouveaux médias audiovisuels et offre aux éditeurs de tels services la possibilité d'intégrer un système qui garantisse le respect de principes fondamentaux tels que la dignité humaine, la transparence, le pluralisme, la protection des mineurs et du consommateur, tout en conservant une approche mesurée des obligations structurelles plus contraignantes, telles que la promotion des œuvres européennes.

L'on notera en outre qu'un média échappant à la qualification de SMA reste, comme la presse écrite traditionnelle, soumis au droit commun et donc, au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, au respect des droits d'auteur et droits voisins, aux règles interdisant la diffusion de propos racistes, négationnistes ou diffamatoires, etc. L'approche soutenue dans la présente recommandation ambitionne, spécialement à l'endroit des nouveaux services, qu'au delà des exigences administratives et générales associées à l'activité audiovisuelle, la régulation puisse constituer une véritable plus-value en termes de crédibilité accrue des nouveaux médias auprès de leurs partenaires et du public en général.

1.5. Limites de la présente recommandation

Le Collège, conscient du développement actuellement très rapide du secteur audiovisuel et de la créativité déployée par l'ensemble de ses acteurs, a néanmoins souhaité que la recommandation puisse couvrir le plus grand nombre de cas de figure.

Il insiste cependant sur le fait que son ambition n'est pas de trancher une fois pour toutes la totalité des questions que pourrait soulever la détermination de son aire de compétence matérielle, mais plutôt de fournir aux acteurs du secteur un outil suffisamment indicatif.

Chaque cas de figure continuera à faire l'objet d'un traitement au cas par cas en fonction de ses spécificités propres.

¹² *Doc. Parl.*, P.C.F, 2008-2009, n° 634/1, p. 19.

Dans ce contexte évolutif et à la lumière de la jurisprudence développée par le Collège face à tous ces cas spécifiques, la recommandation sera régulièrement réévaluée et complétée afin qu'elle demeure une référence fiable.

2. Périmètre de la régulation : Analyse des sept critères déterminant l'existence d'un SMA

Comme cela a été exposé au point 1.2, l'existence d'un SMA implique la réunion de sept critères cumulatifs. Chacun de ces critères est analysé ci-après.

2.1. Critère du « service »

a) Notion de service

Pour être un SMA, il faut d'abord être un *service*.

Les travaux préparatoires du décret et la directive précisent que la notion de service doit s'entendre au sens du droit européen, dans lequel le service est défini comme un service *économique*, c'est-à-dire « *les prestations fournies normalement contre rémunération* »¹³.

Ils indiquent également que la notion de service doit « *exclure les activités dont la vocation première n'est pas économique et qui ne sont pas en concurrence avec la radiodiffusion télévisuelle, comme les sites Web privés et 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'intérêt* »¹⁴.

b) Explication du critère et exemples

Il ressort de ce qui précède que, pour déterminer si un média constitue un service économique au sens du droit européen, il convient de se poser deux questions :

- est-il offert en échange d'une rémunération ou contrepartie ?
- a-t-il une vocation économique, c'est-à-dire une ambition d'entrer en concurrence avec d'autres services ?

1°. La rémunération ou contrepartie :

En droit européen, la rémunération ou contrepartie est ce qui distingue la simple prestation non économique du service économique. Une prestation offerte moyennant contrepartie devient un service. Dès lors, pour pouvoir être qualifié de service, un média doit être offert moyennant contrepartie.

La notion de contrepartie requiert un rapport direct entre la prestation et sa rémunération. Par essence, la contrepartie est ce qui est offert *en échange de* la prestation de service. En dehors de cette exigence de rapport direct entre prestation et rémunération, aucune autre caractéristique n'est requise pour que l'on puisse parler de contrepartie.

Ainsi, la contrepartie ne doit pas nécessairement provenir du bénéficiaire du service¹⁵. Elle peut provenir de tiers pour autant qu'elle soit bien versée *en échange de* l'édition d'un média audiovisuel. Par exemple, lorsqu'un média audiovisuel est offert « gratuitement » au public grâce à un financement

¹³ Articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁴ Considérant 21 de la directive coordonnée.

¹⁵ CJUE, 26 avril 1988, Bond van Adverteerders e.a. c/ Etat néerlandais, aff. 352/85.

apporté par les annonceurs et/ou par les pouvoirs publics, on est en présence d'un service car même si le bénéficiaire de celui-ci – le public – n'offre aucune contrepartie, une contrepartie est bien assurée par les annonceurs qui paient pour que leur communication commerciale soit communiquée au public et/ou par les pouvoirs publics qui paient pour qu'un média de service public soit destiné à la population.

Par ailleurs, la contrepartie d'un média audiovisuel ne doit pas nécessairement être pécuniaire. Il peut s'agir d'une rémunération du service versée sous d'autres formes, par exemple via la mise à disposition de matériel, de contenus ou de données ayant une valeur économique.

Enfin, la contrepartie ne doit pas davantage être conséquente ou permettre à l'éditeur de réaliser un bénéfice¹⁶. Dès lors qu'il y a contrepartie, même lorsqu'elle est faible ou qu'il n'existe aucune volonté, dans le chef de l'éditeur, de réaliser un profit, il y a service. Le caractère lucratif de l'activité n'est pas pertinent. Dans ces conditions, il n'est donc pas nécessaire d'être constitué sous forme de société commerciale pour avoir la qualité d'éditeur de service : une ASBL ou une autorité publique peuvent parfaitement avoir cette qualité.

Sur cette base, l'on peut dresser une liste non exhaustive de personnes susceptibles, cumulativement ou pas, de fournir une contrepartie à l'édition d'un média :

- Le public : il fournit sa contrepartie soit en payant un abonnement, soit via un système de « pay per view », soit, plus subtilement, en communiquant à l'éditeur des données personnelles dont ce dernier pourra faire un usage économique (par exemple, lorsque l'éditeur d'un service l'offre moyennant une inscription gratuite mais nécessitant de remplir un formulaire avec des données que l'éditeur pourra utiliser à des fins promotionnelles) ;
- Les annonceurs : ils fournissent leur contrepartie en versant à l'éditeur des moyens en échange de la diffusion de différentes formes de communication commerciale (publicité, parrainage, télé-achat ou placement de produit) ;
- Les donateurs et sympathisants : ils fournissent leur contrepartie en accordant des fonds à l'éditeur parce que, pour une raison qui leur est propre, ils souhaitent que celui-ci édite un média audiovisuel ;
- Les pouvoirs publics : ils fournissent leur contrepartie en versant à l'éditeur une dotation, des subsides ou en mettant à sa disposition du matériel ou des locaux. Le fait qu'un média soit financé par des fonds publics et constitue, le cas échéant, un média « de service public », ne lui ôte pas sa qualité de service économique. En effet, hormis certaines activités bien particulières qui relèvent de l'exercice de la puissance publique¹⁷ ou qui poursuivent un objectif exclusivement social¹⁸ ou éducatif¹⁹, les activités exercées par les pouvoirs publics peuvent généralement être considérées comme des services. Le Tribunal de l'Union européenne a d'ailleurs jugé que le service public de la radiodiffusion doit être considéré comme un service économique, et ce essentiellement en raison de son impact sur le secteur plus global de la radiodiffusion, lui-même concurrentiel et marchand²⁰.

2°. La vocation économique et la concurrence avec d'autres services :

¹⁶ CJUE, 18 décembre 2007, Hans-Dieter Jundt et Hedwig Jundt c/ Finanzamt Offenburg, aff. 281/06.

¹⁷ Par exemple, les activités de contrôle aérien, voy. CJUE, 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol, aff. 364/92.

¹⁸ Par exemple, les organismes de sécurité sociale, voy. CJUE, 17 février 1993, Christian Poucet c/ Assurances Générales de France et Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon, aff. 159/91 et 160/91.

¹⁹ Par exemple, les activités d'enseignement public, voy. CJUE, 27 septembre 1988, Etat belge c/ René Humbel et Marie-Thérèse Edel, aff. 263/86.

²⁰ TUE, 26 juin 2008, Sociedade Independente de Comunicação SA c/ Commission, aff. 442/03.

Dans la pratique, la grande majorité des médias répondant aux six autres critères de la notion de SMA sont offerts moyennant une contrepartie apparente (communication commerciale, accès conditionné à un paiement, etc.).

Dans certains cas, cependant, il se peut que l'existence d'une contrepartie ne soit pas évidente, voire fasse défaut.

Dans ce cas, le média pourra néanmoins se voir qualifié de service s'il affiche une vocation économique, c'est-à-dire une ambition de concurrencer des SMA.

En effet, dès lors qu'un média est concrètement capable d'entrer en concurrence avec des SMA, il offre des prestations qui, au sens du droit européen, sont fournies *normalement* – si pas dans le cas d'espèce – contre rémunération. En outre, comme cela a été exposé dans l'introduction de la présente recommandation, les objectifs de la régulation imposent que, pour deux médias entrant en concurrence pour le même public, les contraintes soient les mêmes afin d'assurer entre eux une concurrence loyale et de répondre aux attentes légitimes du consommateur en matière de protection.

La question de savoir si un média a une vocation économique et entre en concurrence avec des SMA est une question qui devra s'apprécier au cas par cas et de manière évolutive. En effet, un média qui, dans un premier temps, est lancé sans vocation économique peut, avec le temps et en fonction de certaines circonstances, acquérir la qualité de service en entrant peu à peu en concurrence avec des SMA.

2.2. Critère de la « responsabilité éditoriale »

a) Notion de responsabilité éditoriale

Pour être un SMA, il faut être édité sous la responsabilité éditoriale d'un éditeur.

Le décret définit la responsabilité éditoriale comme « *l'exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation, soit sur une grille chronologique, dans le cas de services linéaires, soit sur un catalogue dans le cas de services non linéaires* »²¹.

Celui qui exerce ce contrôle sera considéré comme l'éditeur du service et, partant, sera responsable de veiller au respect, par le service, des exigences décrétales.

b) Explication du critère et exemples

L'existence d'une responsabilité éditoriale implique la réunion de trois éléments : l'exercice d'un *contrôle effectif* sur la *sélection* et l'*organisation* des programmes.

1° Le contrôle effectif :

La notion de contrôle effectif n'implique pas nécessairement qu'un contrôle soit, en pratique, exercé à tout moment. En effet, il n'est pas souhaitable qu'une personne puisse échapper aux obligations imposées par le décret en se prévalant de sa négligence à contrôler son service.

La notion de contrôle effectif implique cependant qu'il n'y ait pas eu de renonciation générale à l'exercice de tout contrôle²². Si une plateforme diffusant des contenus audiovisuels est proposée au

²¹ Article 1^{er}, 46° du décret.

public sans que personne ne se soit réservé la possibilité de maîtriser la sélection et l'organisation des contenus, ce service doit être exclu de la notion de SMA.

2° La sélection des programmes :

Le contrôle effectif sur la sélection des programmes recouvre le choix d'intégrer ou non certains programmes dans le service.

Il ne s'agit pas d'aller jusqu'à déterminer le contenu même des programmes (ce qui relève plutôt du producteur) mais il s'agit d'aller plus loin que de simplement choisir une grille ou un catalogue de programmes déjà constitué (ce qui relève plutôt du distributeur).

La sélection implique de décider du profil du service. Aussi, le simple pouvoir de refuser l'inclusion de tel ou tel programme dans le service pour des raisons techniques ou d'espace disponible n'est pas considéré comme un contrôle sur la sélection des programmes. La sélection implique soit de rechercher soi-même les programmes qui vont être inclus dans le service, soit, lorsqu'ils sont proposés par des tiers, de les choisir en fonction de critères liés à leur contenu, afin qu'ils correspondent au profil spécifique du service. Le pouvoir de sélection implique donc un jugement de valeur quant à ce qui doit figurer dans le service.

Lorsque la sélection des programmes est décidée par plusieurs personnes successivement, c'est celle qui décide en dernière instance de ce qui est diffusé qui est considérée comme l'éditeur²³.

3° L'organisation des programmes :

Le contrôle effectif sur l'organisation des programmes recouvre le choix des modalités d'intégration des programmes dans le service.

Pour les services linéaires, il y a responsabilité éditoriale lorsqu'une personne exerce un contrôle sur l'agencement chronologique des programmes dans une grille. Par opposition, la retransmission simultanée, non remaniée et intégrale d'un programme n'entraîne pas la responsabilité éditoriale du prestataire. Ainsi, par exemple, un service consistant à diffuser en direct des images montrant la couleur du ciel sur des pistes de ski ou l'état de la circulation dans une ville donnée sera considéré comme dépourvu de responsabilité éditoriale et donc comme exclu de la notion de SMA.

Pour les services non linéaires, il y a responsabilité éditoriale lorsqu'une personne exerce un contrôle sur la manière dont les programmes sont présentés dans le catalogue. Comme la sélection, l'organisation implique plus qu'une simple intervention technique mais requiert un jugement de valeur sur le contenu des programmes.

Ainsi, ne sera pas, par exemple, considéré comme une organisation des programmes le fait d'assurer le design de l'interface et/ou la conception d'un système de navigation dans le catalogue, via un moteur de recherche simple ou un classement des programmes par ordre alphabétique.

En revanche, sera considéré comme une organisation des programmes le fait de les classer en fonction de leur contenu. Le prestataire qui agrmente les programmes de son catalogue d'un résumé, d'une appréciation ou d'avertissements (par exemple quant au contenu violent ou sexuellement explicite du programme) et qui permet à l'utilisateur de faire son choix sur la base de ces critères sera considéré

²² W. SCHULZ et St. HEILMANN, « La responsabilité éditoriale », *IRIS Spécial de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, 2008, p. 16.

²³ W. SCHULZ et St. HEILMANN, *op. cit.*, p. 17-23.

comme éditorialement responsable. La force suggestive du prestataire quant au choix des programmes par le public est un élément important dans la détermination de sa responsabilité éditoriale.

En général, le contrôle sur la sélection et l'organisation des programmes est assuré par un seul et même prestataire. Toutefois, il se peut que ces deux activités soient, parfois, accomplies par des personnes différentes. Or, tant la directive que le décret SMA n'envisagent la responsabilité éditoriale que comme ne pouvant être endossée que par une seule personne. Il convient dès lors de trancher entre sélectionneur et organisateur de contenus pour déterminer qui endossera la responsabilité éditoriale.

Le Collège estime que, dans ce type de cas, c'est l'activité d'*organisation* des contenus qui devra être considérée comme prépondérante pour identifier le titulaire de la responsabilité éditoriale. En effet, le Collège ne partage pas l'analyse selon laquelle la personne en charge de la sélection des contenus est la plus apte à faire en sorte que les règles applicables au service soient respectées²⁴. Elle est, certes, mieux placée pour veiller au respect de certaines règles comme, notamment, l'article 9 du décret qui interdit la diffusion de certains programmes préjudiciables mais, si l'on tient compte de la globalité des règles applicables aux SMA, il faut remarquer que celles qui posent le plus souvent question relèvent de l'*organisation* des contenus. Ainsi, c'est l'organisateur des contenus qui, dans le domaine de la protection des mineurs, sera chargé de veiller à la bonne signalétique, à la diffusion à une heure appropriée ou, en VOD, à la mise en place d'un mécanisme de contrôle parental. En matière de communication commerciale, c'est lui qui veillera à ce qu'elle ne dépasse pas un certain seuil horaire ou par programme, qu'elle n'interrompe pas certains programmes ou qu'elle fasse l'objet d'une identification appropriée. En matière de quotas musicaux, c'est encore lui qui veillera à ce que les morceaux entrant dans le quota et sélectionnés par un tiers soient diffusés de manière suffisamment récurrente. C'est donc la personne en charge de l'organisation des contenus qui, dans de tels cas de dissociation entre sélection et organisation, assumera la responsabilité éditoriale.

* * *

Sur cette base, l'on peut dresser une liste – non exhaustive – de services pour lesquels l'on considèrera, en principe, qu'il n'existe pas de responsabilité éditoriale :

- Les plateformes d'échange de contenus générés par les utilisateurs (par exemple Youtube, Dailymotion) : les vidéos ne sont en effet ni sélectionnées (n'importe qui peut poster une vidéo sans contrôle préalable) ni organisées en fonction de leur contenu. Même si ces plateformes exercent un contrôle secondaire sur le contenu de leurs sites, à partir du moment où l'intervention a lieu *ex post* (sur la base de plaintes des utilisateurs par exemple) et qu'elle n'implique pas une sélection active *ex ante*, ce contrôle n'est pas considéré comme de la responsabilité éditoriale au sens de la directive SMA²⁵.

A cet égard, il faut toutefois remarquer qu'une plateforme unique (comme par exemple un site web) n'implique pas nécessairement un service unique. En vertu du principe de neutralité technologique, dès lors qu'un catalogue de programmes cohérent et susceptible d'avoir une existence autonome peut être identifié, il constitue un service à part entière. Aussi, si une plateforme de contenus générés par les utilisateurs est utilisée par un utilisateur, dans un

²⁴ Voy., à ce sujet, O. HERMANN et P. MATZNELLER, « Whose boots are made for walking ?, La régulation des services audiovisuels à la demande », in *IRIS Spécial – La réglementation des services audiovisuels à la demande : chaos ou cohérence ?*, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2011, p. 17 et M. BETZEL, « L'affinement des critères de classification des services de médias audiovisuels à la demande : l'approche des Pays-Bas », in *IRIS Spécial – La réglementation des services audiovisuels à la demande : chaos ou cohérence ?*, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2011, p. 67.

²⁵ L. GARZANITI, *Telecommunications, broadcasting and the Internet EU competition law & regulation*, 3^{ème} éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2010, p. 276.

partenariat avec la plateforme, pour héberger un catalogue cohérent et autonome de contenus dont il assure la sélection et l'organisation, ce catalogue peut, malgré son hébergement sur un service sans responsabilité éditoriale, être considéré, lui, comme un service à part entière se trouvant sous la responsabilité éditoriale d'un éditeur (par exemple, les « branded channels » hébergées sur Youtube ou BBC Worldwide qui a sa propre chaîne hébergée sur Youtube²⁶).

- Les bases de données de vidéos à la demande composées à l'aide d'un moteur de recherche (par exemple Google vidéos).
- Les services offrant la retransmission simultanée et intégrale d'images et/ou de sons sans qu'il n'y ait d'intervention éditoriale (par exemple les services diffusant des images de caméras de surveillance installées sur des pistes de ski ou destinées à filmer l'évolution du trafic routier).

Pour les autres types de services, l'existence d'une responsabilité éditoriale devra être appréciée au cas par cas²⁷.

2.3. Critère de l'« objet principal »

a) Notion d'objet principal

Pour être un SMA, il faut avoir pour objet *principal* la communication au public de programmes télévisuels ou sonores.

Les travaux préparatoires du décret précisent que doivent être exclus les services dont le contenu audiovisuel est secondaire comme, par exemple, « *certaines sites Web qui ne contiennent des éléments audiovisuels qu'à titre accessoire, comme des éléments graphiques animés ou de brefs spots publicitaires ou des programmes télévisuels ou sonores comme on peut en trouver sur les sites électroniques des journaux et des magazines de la presse écrite* ».

Il est cependant précisé qu'« *un service qui proposerait à la fois de l'écrit et à la fois des programmes télévisuels ou sonores n'est pas automatiquement exclu du champ de la définition, ceci dépendant de la proportion et du poids (l'intérêt pour le public) de ces programmes dans le service* »²⁸.

b) Explication du critère et exemples

Pour déterminer si le contenu d'un service est bien principalement audiovisuel, une double démarche doit être accomplie : il faut, premièrement, identifier le service et, deuxièmement, déterminer s'il est principalement audiovisuel.

1° L'identification du service :

²⁶ Observatoire européen de l'audiovisuel, Annuaire, Cinéma et vidéo, Volume 3, 2010, p. 104.

²⁷ Ainsi, par exemple, pour les jeux en ligne (MMORPG) et mondes virtuels, l'existence d'une responsabilité éditoriale dans le chef du créateur du jeu dépendra de l'ampleur de la marge de manœuvre dont disposent effectivement les joueurs. Dans l'hypothèse d'un scénario préconçu où les joueurs ne font, par leurs actions, que déclencher des événements ou séquences imaginées par les créateurs du jeu, l'on doit admettre que ces derniers ont véritablement exercé un contrôle éditorial. A l'inverse, le résultat d'interactions entre joueurs qui sortent du cadre du scénario préprogrammé ne relève pas de la responsabilité éditoriale des concepteurs du jeu. Enfin, sur des plateformes ouvertes telles que Second Life, où tous les contenus sont créés par les utilisateurs, il ne paraît pas pertinent de considérer que les créateurs exercent une responsabilité éditoriale. De telles plateformes sont cependant, tout comme Youtube, susceptibles d'héberger des créations interactives qui pourraient manifester l'exercice d'une responsabilité éditoriale dans le chef de leur concepteur (voy. P-F. DOCQUIR, « Donjons et législations, ou les avatars du droit dans les mondes virtuels », *R.D.T.I.*, 2010, p. 96-97).

²⁸ *Doc. Parl.*, P.C.F., 2008-2009, n° 634/1, pp. 7-8.

Comme cela a été précisé lors de l'examen du critère de la responsabilité éditoriale, une plateforme de diffusion unique n'équivaut pas toujours à un service unique. En effet, en vertu du principe de la neutralité technologique, le simple choix d'une plateforme permettant de diffuser des contenus de nature audiovisuelle et de nature autre (par exemple un site web) ne doit pas conduire un service à échapper à la régulation des SMA, si ses contenus audiovisuels étaient « dilués » dans des contenus autres.

Pour cette raison, lorsqu'une plateforme unique (par exemple un site web) comprend à la fois des contenus audiovisuels et d'autres contenus, il convient de se demander si ces contenus audiovisuels sont susceptibles de former une offre cohérente pouvant exister de manière autonome.

Deux cas de figure peuvent se présenter.

Première possibilité, les contenus audiovisuels peuvent être isolés sous forme d'un catalogue cohérent et susceptible d'avoir une existence autonome. Dans ce cas, ils pourront être considérés comme un service à part entière qui pourra, s'il remplit les six autres critères de la définition, être qualifié de SMA. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un site web comporte une section spécifique réservée à la vidéo, même si ce site web n'est, dans sa globalité, pas majoritairement composé de contenus audiovisuels. *A contrario*, d'ailleurs, si un site web comporte une offre essentiellement audiovisuelle mais comporte une section autonome composée d'autres contenus (par exemple des images fixes et/ou du contenu rédactionnel), cette section pourra être isolée du reste du site et de son éventuelle qualification de SMA.

Deuxième possibilité, les contenus audiovisuels ne peuvent être isolés sous forme d'un catalogue cohérent et susceptible d'avoir une existence autonome. L'on se trouve alors face à un service hybride dont les contenus sont à la fois audiovisuels et autres. Dans ce cas, il est nécessaire de déterminer quels sont les contenus principaux.

2° La détermination de l'objet principal du service :

Face à un service au contenu hybride, un critère purement quantitatif ne peut, à lui seul, suffire pour déterminer quel contenu est « principal » par rapport à l'autre. En effet, il peut s'avérer artificiel de comparer des quantités de contenu audiovisuel avec des quantités de contenus autres (par exemple rédactionnels).

En réalité, aucun critère ne peut, à lui seul, permettre d'appréhender une notion aussi subjective que celle d'objet principal, qui devra continuer à être appréciée au cas par cas. Sans qu'aucun d'entre eux ne puisse être considéré comme décisif à lui seul, le Collège tiendra notamment compte des critères suivants :

- La proportion du contenu audiovisuel par rapport aux contenus autres, en volume. Toutefois, comme cette proportion est difficile à établir, il n'en sera tenu compte que lorsque la prééminence d'un contenu par rapport à un autre, en volume, sera particulièrement flagrante (très peu de contenus audiovisuels et énormément de contenus autres, et *vice-versa*).
- L'ergonomie du service. La manière dont certains contenus sont mis – ou pas – en valeur sera prise en compte. Par exemple, les contenus audiovisuels d'un service pourraient être considérés comme principaux si l'éditeur oriente la navigation de l'utilisateur plus spécifiquement vers ces contenus, les met en valeur sur la page d'accueil, leur consacre prioritairement des opérations promotionnelles internes et externes, etc. La mise en valeur des contenus audiovisuels peut parfois passer par le nom donné au service : ainsi, si un service

hybride est appelé « TV X » ou « radio Y », ceci pourra constituer un indice de son caractère principalement audiovisuel.

- La finalité du service, son modèle économique ou « core business ». Il s'agit là de déterminer si la finalité du service est, avant tout, de communiquer au public des contenus audiovisuels ou des contenus autres. Pour répondre à cette question, le Collège aura davantage égard au profil du service qu'au profil de l'éditeur. Ainsi, si un éditeur s'est traditionnellement positionné comme actif dans un domaine non audiovisuel mais développe un service qui, lui, favorise les contenus audiovisuels, ce service pourra être qualifié de SMA. Pour déterminer le profil du service, le Collège tentera dès lors de déterminer quels contenus semblent principalement attirer le public sur le service et quels contenus ne sont qu'accessoires par rapport à d'autres.

A cet égard, plusieurs considérants de la directive SMA excluent certains types de services de la notion de SMA parce que leurs contenus audiovisuels sont *généralement* accessoires. Il s'agit des versions électroniques des journaux et des magazines²⁹, des services dédiés aux jeux de hasard et jeux d'argent (mais pas les programmes qui y sont consacrés)³⁰ et des moteurs de recherche³¹.

Il faut toutefois remarquer que les considérants de la directive n'ont qu'une valeur indicative et ne peuvent pas primer sur son contenu, selon lequel un service ayant pour objet principal des contenus audiovisuels doit être qualifié de SMA. C'est dans cet esprit que devront être appréhendés tous les services en principe exclus par la directive. Ainsi, par exemple, face au site web d'un organe de presse, il conviendra d'examiner s'il s'agit bien d'une simple « version électronique » d'un journal papier ou si le site Internet constitue un nouveau service, certes issu du journal papier mais agrémenté de tellement de contenus audiovisuels qu'ils en deviennent prépondérants³². Dans ce dernier cas, le site web pourra constituer un SMA.

Le Collège se réserve donc toujours la possibilité d'une appréciation au cas par cas.

* * *

En application des principes cités plus haut, un service hybride aux contenus à la fois audiovisuels (majoritairement) et autres (accessoirement) pourra donc être qualifié de SMA. Il convient quoi qu'il en soit d'insister sur le fait que le caractère hybride d'un service n'a pas pour effet de restreindre la responsabilité éditoriale de son éditeur. Ce dernier reste responsable de tous les contenus proposés sous sa responsabilité³³.

²⁹ Considérant 28 de la directive.

³⁰ Considérant 22 de la directive.

³¹ Considérant 22 de la directive.

³² A cet égard, une décision du régulateur britannique, l'Ofcom, relève ce qui suit : « (...) *Recital 28 means no more than this : a service whose principal purpose is the provision of the electronic version of a newspaper, an ancillary part of which is the provision of some audiovisual material, is not an ODPS. It is important to note that Recital 28 is not a blanket exclusion of any material linked to a newspaper or magazine, or which appears on websites belonging to their publishers. The AVMS Directive distinguishes between types of services. It contains nothing to distinguish between levels of regulation depending on the identity of service providers.* » (Ofcom, 21 décembre 2011, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/enforcement/vod-services/sunvideo.pdf>)

³³ Y compris pour les contenus dont il aurait volontairement délégué l'organisation et la sélection à un sous-traitant.

2.4. Critère de la « communication au public »

a) Notion de communication au public

Pour être un SMA, un service doit être communiqué au public.

En vertu des travaux préparatoires du décret, ceci exclut de la notion de SMA « toute forme de communication privée »³⁴.

La directive précise, quant à elle, que la définition du SMA devrait couvrir exclusivement les services « qui sont des médias de masse, c'est-à-dire qui sont destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d'avoir sur elle un impact manifeste »³⁵ et « exclure toute forme de correspondance privée, comme les messages électroniques envoyés à un nombre limité de destinataires »³⁶.

b) Explication du critère et exemples

Le SMA se distingue des autres modes de télécommunication en ce qu'il est destiné, dans le chef de celui qui l'émet, au public en général ou à une partie de celui-ci, et n'a donc aucun caractère de confidentialité. Ce qui importe n'est pas le nombre d'utilisateurs réels du service mais le nombre d'utilisateurs potentiels. Comme en matière de droits d'auteur, la notion de communication au public doit donc s'apprécier en ayant égard à l'intention de l'éditeur et non à celle du public³⁷.

Le fait qu'un service ne soit, concrètement, utilisé que par un nombre très peu élevé de personnes n'a donc pas d'influence sur sa qualification de SMA. En revanche, il se peut qu'un média ayant un public très limité ne réponde pas à un autre élément constitutif du SMA, à savoir le fait de constituer un service économique. Si l'éditeur d'un média le destine au public en général mais ne fait rien pour se faire connaître et ne touche concrètement qu'un nombre très restreint de personnes, le Collège pourra considérer qu'il ne présente pas d'ambition d'entrer en concurrence avec d'autres services et qu'il n'a donc pas de vocation économique. Si un média destiné à tout un chacun remplit le critère de la communication au public, il n'en est donc pas pour autant nécessairement un SMA.

Pour déterminer si l'intention de l'éditeur est bien de destiner son service au public en général, le Collège aura notamment égard à un critère proposé par le Comité de contact institué par la directive SMA et qui consiste à se demander si l'éditeur destine son service à des personnes individuellement identifiables³⁸. Un service sera considéré comme destiné à des personnes non individuellement identifiables et donc au public en général lorsque, tant par son *mode de diffusion* que par son *contenu*, il sera susceptible de s'adresser à tout un chacun.

Ainsi, par exemple, seront considérés comme destinés au public en général les services suivants :

- les services accessibles moyennant un code/décodeur que tout un chacun peut obtenir moyennant inscription et/ou paiement ;
- les services accessibles uniquement dans une zone territorialement limitée mais accessibles, dans cette zone, à tout un chacun (par exemple les télévisions locales) ;

³⁴ Doc. Parl., PCF, 2008-2009, n° 634/1, p. 8.

³⁵ Considérant 21 de la directive.

³⁶ Considérant 22 de la directive.

³⁷ C. Const., 14 juillet 2004, n° 132/2004, B.10.1 et B.10.2.

³⁸ Minutes of the 27th meeting of the contact committee established by the Television without frontiers Directive - 16 april 2008 (Doc CC TVSF (2008) 4).

http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/twvf/contact_comm/27_minutes_en.pdf

- les services diffusés dans des zones accessibles au public³⁹ et dont les contenus ciblent le public en général et pas uniquement les personnes fréquentant la zone concernée (par exemple des services qui sont diffusés dans des lieux fréquentés par le public, tels les gares, les commerces, etc. et dont le contenu n'est pas spécifiquement ciblé sur les usagers du train, les clients du commerce, etc.).

2.5. Critère des « programmes télévisuels ou sonores »

a) Notion de programmes télévisuels et sonores

Pour être un SMA, le service doit être composé de programmes télévisuels ou sonores.

Le décret définit le programme comme « *un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, lorsqu'il s'agit d'un programme télévisuel, ou un ensemble de sons lorsqu'il s'agit d'un programme sonore, constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un éditeur de services* »⁴⁰.

La nature des programmes diffusés permet de qualifier le SMA de service télévisuel ou de service sonore.

Bien qu'il ne comporte pas de réels programmes, le télétexte est assimilé à un SMA par le décret, mais il n'est soumis qu'à un nombre limité de dispositions reprises dans la définition du SMA⁴¹.

b) Explication du critère et exemples

Contrairement à la directive – qui n'englobe dans la notion de SMA que les services diffusant des programmes télévisuels – le décret y englobe également les programmes sonores.

Les explications données dans la directive sur ce qui doit être considéré comme un programme télévisuel peuvent néanmoins être transposées *mutatis mutandis* aux programmes sonores.

³⁹ Par zone accessible au public, il faut entendre tout lieu, qu'il relève du domaine public ou d'une propriété privée, dont l'accès n'est pas limité à la sphère familiale. A titre indicatif, l'on peut se référer à la définition du lieu accessible au public donnée par l'article 2, 3° de la loi du 22 décembre 2009 instaurant une réglementation générale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux fermés accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac. Cette disposition définit le lieu accessible au public dans les termes suivants :

- a) « lieu dont l'accès n'est pas limité à la sphère familiale;
- b) notamment les établissements ou bâtiments suivants :
 - i. lieux administratifs;
 - ii. gares;
 - iii. aéroports;
 - iv. commerces;
 - v. lieux dans lesquels des services sont fournis au public à titre gratuit ou moyennant paiement, y compris les lieux dans lesquels des aliments et/ou des boissons sont offerts à la consommation;
 - vi. lieux dans lesquels des malades ou des personnes âgées sont accueillis ou soignés;
 - vii. lieux dans lesquels des soins de santé préventifs ou curatifs sont prodigués;
 - viii. lieux dans lesquels des enfants ou des jeunes en âge scolaire sont accueillis, logés ou soignés;
 - ix. lieux dans lesquels un enseignement et/ou des formations professionnelles sont dispensés;
 - x. lieux dans lesquels des représentations sont données;
 - xi. lieux dans lesquels des expositions sont organisées;
 - xii. lieux dans lesquels des activités sportives sont exercées; »

La liste visée au b) n'est donc pas exhaustive. On rajoutera également à cette énumération tous les lieux accessibles au public et qui ne sont pas des lieux fermés, notamment la voirie, les parcs, etc.

⁴⁰ Article 1^{er}, 36° du décret.

⁴¹ Article 1^{er}, 48° du décret.

La directive définit le programme comme « *un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un fournisseur de services de médias et dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle. Un programme est, à titre d'exemple, un film long métrage, une manifestation sportive, une comédie de situation, un documentaire, un programme pour enfants ou une fiction originale* »⁴².

Les travaux préparatoires du décret indiquent également qu'un programme doit avoir une forme et un contenu comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle classique⁴³.

Pour être considéré comme un SMA, un service doit donc diffuser des programmes télévisuels ou sonores *comparables* à ceux diffusés par les services télévisuels et sonores « classiques ». Ces programmes doivent s'adresser au même public et être susceptibles d'entrer en concurrence avec ceux des services classiques. La notion de programme doit donc s'interpréter de manière dynamique, en tenant compte de l'évolution de ces services classiques⁴⁴.

Vu la grande diversité des programmes diffusés aujourd'hui sur les services de télévision et de radio « classiques », le Collège entend apprécier la notion de programme de manière large.

Sur le fond, des contenus ne seront exclus de la notion de programmes que s'ils n'ont pas été conçus pour s'adresser au grand public. Ainsi, seront exclus les contenus produits à l'origine à des fins purement personnelles (par exemple une vidéo de vacances) ainsi que les contenus spécifiquement dédiés à un groupe limité de personnes (par exemple une vidéo de formation destinée aux travailleurs d'une entreprise, une radio dont les contenus promotionnels ne sont destinés qu'aux clients d'un magasin)⁴⁵.

Si le programme contient des images – c'est-à-dire des représentations visuelles animées combinées ou non à du son – il convient de le considérer comme télévisuel. La radio filmée, par exemple, est considérée comme un programme télévisuel devant respecter les règles décretales particulières propres aux services télévisuels.

La qualification de service télévisuel ou sonore est utile dans la mesure où, comme cela a été exposé dans l'introduction, le décret prévoit des règles particulières propres aux services télévisuels et des règles particulières propres aux services sonores privés.

2.6. Critère de la transmission « par des réseaux de communication électroniques »

a) Notion de réseau de communication électronique

Pour être un SMA, un service doit être diffusé par des réseaux de communication électroniques.

Le décret définit le réseau de communications électroniques comme « *les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources, qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, dans la mesure où ils sont utilisés pour la transmission de signaux porteurs de services de médias audiovisuels* »⁴⁶.

⁴² Article 1.1, b) de la directive.

⁴³ *Doc. Parl.*, P.C.F., 2008-2009, n° 634/1, p. 8.

⁴⁴ Considérant 24 de la directive.

⁴⁵ *Doc. Parl.*, P.C.F., 2008-2009, n° 634/1, p. 8.

⁴⁶ Article 1^{er}, 44° du décret.

b) Explication du critère et exemples

En pratique, la notion de diffusion par des réseaux de communication électroniques couvre le câble, la voie hertzienne, les réseaux satellitaires, Internet et les réseaux mobiles.

Un service diffusé au cinéma ou qui fait l'objet d'une location de DVD n'est dès lors pas transmis par des réseaux de communications électroniques et est exclu de la notion de SMA.

La question du mode de diffusion du service entraîne la question des médias multiplateformes, c'est-à-dire déclinés sur des plateformes différentes telles que la télévision linéaire sur plateforme fermée, la télévision non linéaire sur plateforme fermée (notamment les services de rattrapage en VOD des services linéaires), la webtv, les applications pour tablettes et smartphones, etc.

Lorsqu'un même éditeur diffuse des contenus similaires par ces différents modes de diffusion, est-on face à un seul ou à plusieurs SMA distincts ? Pour répondre à cette question, il convient de se poser successivement deux questions :

- Premièrement, les différentes déclinaisons du média sont-elles ou non susceptibles d'être soumises aux mêmes règles ? Par exemple, si une déclinaison est linéaire et l'autre non linéaire, elles seront soumises à certaines règles différentes. Il en va de même si une déclinaison est diffusée sur plateforme ouverte et l'autre sur plateforme fermée. Dans ce cas, les déclinaisons doivent obligatoirement être considérées comme des SMA distincts puisqu'elles seront contrôlées différemment.
- Deuxièmement, si les différentes déclinaisons du média sont soumises aux mêmes règles, sont-elles fort différentes ? Si des déclinaisons d'un média présentent des profils trop différents l'un de l'autre, elles doivent également être contrôlées séparément. En revanche, si c'est essentiellement le mode de diffusion (par exemple via une application pour smartphone d'une part et pour tablette d'autre part) qui les distingue mais pas l'essence du service proposé, les deux déclinaisons pourront être considérées comme un service unique. Ceci s'appréciera au cas par cas, en fonction notamment de la proportion de contenus différents, du pourcentage de revenus distincts et du mode de commercialisation.

2.7. Critère de la finalité : « informer, divertir, éduquer ou assurer une communication commerciale »

a) Notions d'informer, de divertir, d'éduquer et d'assurer une communication commerciale

Pour être un SMA, un service doit avoir pour but d'informer, de divertir, d'éduquer ou d'assurer une communication commerciale.

Le décret définit la communication commerciale comme « toute forme de message inséré dans un service de médias audiovisuels qui est conçu pour promouvoir ou vendre, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique. Ces messages sont insérés dans un service de médias audiovisuels moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion ». Le décret prévoit que la communication commerciale comprend « notamment la communication commerciale interactive, la communication commerciale par écran partagé, la publicité, la publicité virtuelle, le parrainage, le télé-achat, l'autopromotion et le placement de produit »⁴⁷.

Les autres finalités que peut avoir un SMA ne sont pas légalement définies.

⁴⁷ Article 1^{er}, 7° du décret.

b) Explication du critère et exemples

Les quatre finalités prévues dans la définition du SMA – et particulièrement les notions d'« informer », « divertir » et « éduquer » qui ne sont pas définies par le décret – sont très larges et recouvrent *a priori* l'essentiel de l'intérêt qu'un éditeur potentiel peut avoir à diffuser un programme télévisuel ou sonore.

Ces finalités ne sont, en outre, pas cumulatives.

Dès lors, les services ne remplissant pas le critère de la finalité sont relativement limités.

Fait à Bruxelles, le 29 mars 2012.