

La vidéo « quasi à la demande » : plutôt « pas à la demande » qu'« à la demande »...

Par Anne-Catherine Lorrain

Doctorante au CERDI (Centre d'Etudes et de Recherche en Droit de l'Immatériel)
Université Paris XI

E-mail : aclorrain@free.fr

Introduction

Vidéo « à la demande » et vidéo « quasi à la demande » : quelle différence ? Ces deux modes de diffusion font partie intégrante du vocabulaire du législateur européen, qui tâche de les distinguer au sein de deux textes : la directive 89/552/CE du 3 octobre 1989 dite « télévision sans frontières »¹ et la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 dite « transparence »². À la lecture de ces directives, la distinction entre vidéo « à la demande » et « vidéo quasi à la demande » n'est cependant pas toujours aisée.

Dans une décision du 2 juin 2005, la Cour de Justice des Communautés Européennes a le mérite d'éclairer les esprits (CJCE, 2 juin 2005, *Mediakabel BV c/ Commissariaat voor de Media*, Affaire C-89/04)³.

Mediakabel, fournisseur de services vidéo néerlandais, contestait une décision de l'autorité néerlandaise de régulation de l'audiovisuel (le « *Commissariaat voor de Media* », équivalent du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel français) qualifiant l'un de ses services de programme de radiodiffusion télévisuelle soumis aux règles du droit de l'audiovisuel. *Mediakabel* considérait en effet que ce service relevait de la catégorie des services de la société de l'information, échappant ainsi à la réglementation de l'audiovisuel et au contrôle de l'autorité de régulation.

La contestation du fournisseur de services fut écartée successivement par l'autorité nationale de régulation, puis par le tribunal de Rotterdam. *Mediakabel* fit appel auprès du « *Raad van State* » (Conseil d'Etat néerlandais), qui introduisit une demande de décision préjudicielle auprès de la Cour de Justice des Communautés Européennes⁴.

Cette question préjudicielle du juge néerlandais a ainsi donné l'occasion au juge communautaire d'effectuer une mise au point sur la notion de radiodiffusion télévisuelle. La question principale posée à la Cour de Justice concernait en effet l'applicabilité des quotas de diffusion de contenu audiovisuel au service fourni par *Mediakabel*. Il s'agissait donc pour la Cour de savoir si elle se trouvait en présence d'un service de radiodiffusion soumis aux règles du droit de l'audiovisuel.

Le juge communautaire répond par l'affirmative, en retenant la qualification de « service de radiodiffusion télévisuelle ». Ce faisant, la Cour européenne récuse celle de « service de la société de l'information », dont le critère d'application déterminant est la demande individuelle formulée par le destinataire du service. Ainsi, la Cour estime que le service fourni par *Mediakabel*, dont elle reconnaît la qualification de service de vidéo « quasi à la demande »⁵, n'est pas réalisé « à la demande » des destinataires, mais s'inscrit dans la définition de la radiodiffusion.

¹ Directive n° 89/552/CE du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE L 298/23 du 17 octobre 1989, p. 23, telle que modifiée par la directive n° 97/36/CE du 30 juin 1997, JOCE L 202/60 du 30 juillet 1997.

² Directive n° 98/34/CE du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, JOCE L 204 du 21 juillet 1998, p. 37, modifiée par la directive n° 98/48/CE du 20 juillet 1998, JOCE L 217 du 5 août 1998, p. 18.

³ Le texte intégral de la décision est accessible sur Droit-technologie.org, <http://www.droit-technologie.org/4_1.asp?jurisprudence_id=191>. Ci-après « arrêt *Mediakabel* ».

⁴ Question préjudicielle posée à la CJCE par décision du 18 février 2004, JOCE C 94 du 17 avril 2004, p. 26.

⁵ Nous préférons l'expression de « vidéo quasi à la demande » à celle de « quasi vidéo à la demande », car nous estimons que c'est le service qui est « presque » à la demande, qu'il soit vidéo, comme en l'espèce, ou qu'il

En réalité, la décision de la CJCE n'est pas une réelle surprise⁶. Les textes communautaires (la directive 89/552/CE du 3 octobre 1989 dite « télévision sans frontières »⁷ et la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 dite « transparence »⁸) sont en effet assez clairs concernant les services de vidéo *quasi* à la demande. Si la solution donnée par le présent arrêt n'est qu'une confirmation du droit communautaire, son argumentation mérite néanmoins notre attention.

Faisant de la notion de la radiodiffusion télévisuelle la pierre angulaire de son raisonnement, la Cour dégage la place de la vidéo *quasi* à la demande au regard de cette notion (1), tout en rappelant les critères de la radiodiffusion (2).

1. Vidéo « *quasi* à la demande » et radiodiffusion télévisuelle : vraies ou fausses amies ?

La question soumise à la Cour européenne est de savoir si un service de vidéo *quasi* à la demande peut être qualifié de service de radiodiffusion. Les enjeux à la clé sont de taille (1.1). Pour répondre à cette question, rien de plus logique pour le juge européen que d'examiner les liens qu'entretiennent la vidéo *quasi* à la demande et la radiodiffusion au sein du droit communautaire. La question se pose d'autant plus qu'à la lecture de la directive « télévision sans frontières »⁹ et de la directive « transparence »¹⁰, la vidéo *quasi* à la demande ne dispose d'aucune définition expresse (1.2). Dès lors, et c'est la démarche adoptée par le juge communautaire dans l'affaire commentée, les éléments de qualification sont à rechercher au regard des définitions de « services de radiodiffusion » et de « services de la société de l'information » contenues dans les deux directives (1.3).

Il apparaît alors que la vidéo *quasi* à la demande et la radiodiffusion sont plus proches que le laisseraient croire ce petit (mais si significatif) groupe de mots « à la demande ». Si, de premier abord, tout semble séparer ces deux notions, la Cour nous démontre finalement que derrière leurs qualificatifs respectifs, elles ont bien plus de points communs qu'il n'y paraît. La radiodiffusion et la vidéo *quasi* à la demande sont proches, soit, mais jusqu'à quel point ? La Cour européenne donne la réponse dans cette affaire, en assimilant la vidéo *quasi* à la demande à la radiodiffusion.

1.1. Les enjeux liés à la qualification d'un service vidéo

Le choix de la qualification de service de vidéo « à la demande » ou de vidéo « *quasi* à la demande » emporte des conséquences non seulement en matière d'application des règles du droit de l'audiovisuel, comme en l'espèce l'obligation de respecter des quotas de diffusion, mais aussi dans d'autres domaines d'application du droit, notamment en droit d'auteur.

- *L'enjeu en l'espèce : l'application des quotas de diffusion*

La régulation européenne de l'audiovisuel s'inscrit dans un processus d'évolution dont il convient de rappeler brièvement le contexte.

La directive n° 89/552/CE du 3 octobre 1989, dite directive « télévision sans frontières »¹¹, est la pierre angulaire du droit communautaire de l'audiovisuel. La directive a fait l'objet d'une première révision en 1997¹² dans le but de moderniser les règles sur les services de médias audiovisuels¹³. Depuis 2003,

propose d'autres contenus (même si dans les faits, c'est le seul contenu vidéo qui a jusqu'à présent illustré ce type de services).

⁶ Ce sentiment est également partagé par Thibaut Verbiest, <http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1099>, et par Karine RENAUD, Légipresse, octobre 2005, n° 225, III, p. 193, commentant la même affaire.

⁷ Précitée.

⁸ Précitée.

⁹ Précitée.

¹⁰ Précitée.

¹¹ Précitée.

¹² Directive 97/36/CE du 30 juin 1997, JOCE L 202 du 30 juin 1997, p. 60.

¹³ La directive 89/552/CE (article 26) prévoit une procédure de révision à intervalles réguliers. À ce jour, quatre rapports de la Commission ont été rendus (COM(95)86 final, COM(97)523 final, COM(2001)9 final et

le texte est de nouveau soumis à une procédure d'examen qui devrait aboutir à l'adoption d'une nouvelle directive en 2006¹⁴. Une proposition de directive a été adoptée par la Commission européenne le 13 décembre 2005¹⁵.

La proposition de directive a pour but d'uniformiser les conditions pour toutes les entreprises offrant des services de type télévisuel, quelle que soit la technique utilisée (radiodiffusion, large bande à haut débit, téléphonie mobile de troisième génération, etc.). Le texte prévoit que les règles actuelles régissant la radiodiffusion s'appliqueront aux services dits « linéaires » d'une façon plus moderne et plus souple, tandis que les services dits « non linéaires » ne seront soumis qu'à un ensemble fondamental de principes minimaux (par exemple pour protéger les mineurs, empêcher l'incitation à la haine raciale et rendre illégale la publicité clandestine). Le but recherché par l'harmonisation de ces règles dans toute l'Union européenne est d'obliger les fournisseurs de services audiovisuels à ne respecter que les règles de l'État membre dans lequel ils sont établis, et non les règles disparates de tous les États membres où leurs services peuvent être reçus.

Les obligations imposées aux États membres par l'actuelle directive « télévision sans frontières » concernent notamment les quotas de diffusion d'œuvres européennes (article 4)¹⁶ et la part minimale du temps de diffusion réservé à des productions indépendantes (article 5)¹⁷.

Lors du réexamen de la directive « télévision sans frontières » mené courant 2003, la question de la modification du système des quotas a été posée. La Commission a confié une étude sur l'impact des quotas¹⁸, dont les résultats ont été pris en compte à l'issue de la consultation publique de l'ensemble des acteurs concernés. L'application des articles 4 et 5 de la directive « télévision sans frontières » a également fait l'objet d'un rapport¹⁹.

COM(2002)778 final). Le Parlement européen a également rendu un rapport dans le cadre de la procédure de révision en cours (Rapport « Perry » du 25 juin 2003, 2003/2033(INI)).

¹⁴ Sur la révision de la directive TVSF, voir notamment le site de la *Direction de développement des médias du Ministère de la culture*, <http://www.ddm.gouv.fr/rubrique.php3?id_rubrique=94>, et le site du *Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie*, <<http://www.telecom.gouv.fr/liste/020905.htm>>. Voir aussi le site de la DG Société de l'information et médias de la Commission européenne, <http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/regul_fr.htm#3>. La récente conférence européenne sur l'audiovisuel, qui s'est tenue à Liverpool en septembre 2005 sous l'égide de la DG Société de l'information et des médias de la Commission européenne, a permis de faire le point sur les révisions en cours, <<http://europa.eu.int/comm/avpolicy/revision-tvwf2005/2005-conference.htm>>.

¹⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle. Le texte intégral de la proposition de directive est accessible à l'adresse : <http://europa.eu.int/information_society/newsroom/cf/itemlongdetail.cfm?item_id=2343>.

¹⁶ Directive 89/552, Article 4.1 : « 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, au sens de l'article 6, 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 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. »

¹⁷ Directive 89/552, Article 5 : « 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. »

¹⁸ *Impact Study of Measures concerning the Promotion of Distribution and Production of TV Programmes provided for under Article 25(a) of the TV Without Frontiers Directive*. Ce rapport, réalisé par le cabinet britannique David Graham, a été publié à l'occasion du séminaire organisé au Luxembourg en mai 2005 sur la révision de la directive TVSF (le rapport est accessible à l'adresse <<http://www.tvsf.eu2005.lu>>).

¹⁹ Rapport du 21 juin 2005 dit rapport « Weber » du nom de son rédacteur, le député européen français Henri Weber, document 2004/2236(INI) publié sur le site du Parlement européen.

Tout service de radiodiffusion télévisuelle oblige ses diffuseurs à respecter les obligations des articles 4 et 5. Certains d'entre eux arguent des particularités de certains « nouveaux » services pour prétendre que ces services ne relèvent pas de la radiodiffusion télévisuelle et ainsi se libérer de leurs obligations de diffuseur. C'est manifestement l'hypothèse rencontrée dans la présente affaire. Pour étayer sa position, *Mediakabel* tente de contourner les critères techniques définissant la radiodiffusion²⁰.

Cependant, l'obligation de l'article 4 de la directive « télévision sans frontières » tolère quelques exceptions. Comme le rappelle l'Avocat Général dans ses conclusions²¹, cette obligation ne peut être imposée lorsqu'elle aboutirait à rendre économiquement impossible certains services. L'obligation doit être adaptée en fonction des modalités particulières d'une prestation donnée en utilisant, si nécessaire, des exemptions partielles ou temporaires, comme le font la loi néerlandaise et la loi française²².

- *Les autres enjeux : l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*

Au-delà du droit de l'audiovisuel, le mode de transmission des contenus a une incidence sur d'autres branches du droit, notamment sur la mise en œuvre des mesures techniques de protection des droits d'auteur et droits voisins. L'article 6.4 § 4 de la directive sur le droit d'auteur²³ réserve en effet une application particulière des dispositions de la directive (concernant le respect de certaines exceptions aux droits d'auteur et droits voisins par les mesures techniques) aux services fournis à la demande. La directive ne donne aucune précision particulière quant aux services *quasi* à la demande. La précision est donnée par d'autres textes communautaires (la directive 89/552/CE du 3 octobre 1989 dite « télévision sans frontières »²⁴ et la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 dite « transparence »²⁵), qui distinguent services à la demande et services *quasi* à la demande. Cette distinction, rappelée par la Cour européenne dans la présente affaire, conforte l'idée que les dispositions de l'article 6.4 § 4 de la directive sur le droit d'auteur ne s'appliquent pas aux services *quasi* à la demande.

En outre, la qualification de radiodiffusion n'est pas sans incidence au regard de l'exercice des droits voisins du droit d'auteur, notamment quant au champ d'application du régime de la licence légale prévu à l'article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle²⁶. Les services « à la demande » ont été

²⁰ La détermination du champ d'application de la radiodiffusion repose sur des critères liés au mode de diffusion, ce qui comporte le risque de permettre à certains diffuseurs de contourner ces critères pour se libérer des règles de l'audiovisuel. Le CSA avait manifesté son inquiétude à ce propos, en parlant de la création d'« *un risque de distorsion de concurrence et de contournement des obligations relatives au contenu par une migration vers le support le moins contraignant et [qui] peut à moyen terme ouvrir la voie à une dérégulation plus radicale des médias traditionnels* » (Avis en date du 17 décembre 2002 relatif au projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique).

²¹ Arrêt *Mediakabel*, Conclusions de l'Avocat Général M. Antonio Tizzano, point n° 57.

²² Le décret n° 2003-764 du 1er août 2003, JO du 6 août 2003, modifiant le décret n° 2002-140 du 4 février 2002 (pris en application des articles 33, 33-1, 33-2 et 71 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifié par la loi du 1^{er} août 2000) fixe le régime applicable aux différentes catégories de services de radiodiffusion sonore et de télévision distribués par câble ou diffusés par satellite, et notamment en adaptant à ces services les quotas d'œuvres cinématographiques européennes et d'expression originale française diffusées. La loi du 10 avril 1996 *relative aux expérimentations dans le domaine des technologies de l'information*, JO du 11 avril 1996, prévoit le principe d'une adaptation des quotas de diffusion devant être mise en œuvre par les conventions conclues entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et le diffuseur, pour les services transmettant à la demande des œuvres cinématographiques et audiovisuelles (art. 5).

²³ Directive n° 2001/29/CE du 22 mai 2001 *sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, JOCE L 167/10 du 22 juin 2001, article 6.4 § 4 : « *Les dispositions des premier et deuxième alinéas ne s'appliquent pas aux oeuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ». Sur cette question en particulier et sur les mesures techniques de protection en général, voir notamment Th. Maillard *in* Lamy Droit de l'immatériel, mai 2005, n°5, Perspectives – Etude, p. 66 et Légipresse, 2004, n° 208, I, p. 12.

²⁴ Précitée.

²⁵ Précitée.

²⁶ Article L. 214-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *Lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce, l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer :*
(...) 2° *À sa radiodiffusion, non plus qu'à la distribution par câble simultanée et intégrale de cette radiodiffusion.*

exclus de la licence légale et couverts par le droit exclusif des ayants droit par le Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur la protection des droits voisins (art. 14), ainsi que par la directive sur le droit d'auteur (art. 3)²⁷. L'exposé des motifs de la proposition de directive sur le droit d'auteur²⁸ donne quelques précisions supplémentaires concernant l'article 3 : « *La notion de choix individuel renvoie au fait que l'accès est interactif et se fait à la demande. Par conséquent, la protection octroyée par cette disposition ne couvre pas la radiodiffusion, notamment les nouvelles formes qu'elle revêt, telles que la télévision à péage ou la télévision à la séance ; le critère du choix individuel exclut en effet les œuvres offertes dans le cadre d'un programme défini à l'avance. N'est pas davantage couverte la quasi vidéo à la demande, qui consiste à proposer un programme non interactif plusieurs fois en parallèle à des horaires légèrement décalés (...)* »²⁹. Dans cet exposé des motifs, la Commission prête donc à la vidéo *quasi* à la demande les mêmes conséquences qu'à la radiodiffusion concernant l'application des droits exclusifs³⁰.

Dans l'affaire *Mediakabel*, la Cour de Justice est pourtant allée plus loin. Sans se contenter de lier le sort de la vidéo *quasi* à la demande à celui de la radiodiffusion, la Cour est allée jusqu'à inclure le service de vidéo *quasi* à la demande dans la définition de la radiodiffusion télévisuelle.

1.2. L'absence de définition de la vidéo « *quasi* à la demande »

Comme le rappelle l'Avocat Général³¹, les textes ne donnent pas de véritable définition de la vidéo *quasi* à la demande³². Il semble d'ailleurs que l'expression de « *quasi* à la demande » ne soit pas couramment utilisée par les professionnels de la vidéo³³.

Cependant, bien que les directives « télévision sans frontières » et « transparence »³⁴ ne donnent aucune définition de la vidéo « *quasi* à la demande », les deux textes mettent ce mode de diffusion en rapport avec la vidéo « à la demande », de sorte que les contours du champ d'application de la vidéo

Ces utilisations des phonogrammes publiés à des fins de commerce, quel que soit le lieu de fixation de ces phonogrammes, ouvrent droit à rémunération au profit des artistes-interprètes et des producteurs. (...) ».

²⁷ « Les producteurs de phonogrammes jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de leurs phonogrammes de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement » (Traité OMPI du 20 décembre 1996 sur la protection des droits voisins, art. 14 et directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins la société de l'information, art. 3.2). Sur cette question, voir notamment F. Goldsmith, *Les nouveaux Traités de l'OMPI et l'action législative européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins*, Légipresse, 1997, n° 139, II, p. 29.

²⁸ Commission européenne, *Exposé des motifs de la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, 10 décembre 1997, p. 28.

²⁹ Sur cette question, voir notamment L. Guibault, <http://www.ivir.nl/publications/guibault/directive_europeenne.html#appel38>.

³⁰ Sur les implications de la technique de la vidéo à la demande sur le droit d'auteur et les droits voisins, voir notamment C. Bernault, *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, tome 396, 2003, n° 709 et suiv.

³¹ Conclusions de l'Avocat Général, point n° 30.

³² Mise à part la précision comprise dans l'exposé des motifs de la directive sur le droit d'auteur (cf. *supra*), quelques définitions de la *quasi* vidéo à la demande ont été ébauchées en dehors des textes législatifs :

- « *Quasi vidéo à la demande : la disponibilité d'une capacité de transmission substantielle à des prix raisonnables rendra bientôt possible les services de « quasi vidéo à la demande ». Exemple : avec 60 chaînes par satellite, 10 films de 90 minutes peuvent être diffusés simultanément, chacun démarrant à des intervalles de 15 minutes* » (Livre vert de la Commission européenne sur la convergence, 1997, p. 5).
- « *In near-video on demand services a particular film is advertised to start every 15 minutes or so over a particular channel. The viewer pays electronically and selects when to start watching the film. At the time of the screening, the user is given access to the signal, and, in principle, the viewing takes place as the film is transmitted. Certain system allow viewing between screenings, using the viewer's hard disk in the television set to record an earlier screening and later replay the film.* » (Comité permanent du droit d'auteur et des droits voisins de l'OMPI (7^{ème} session), Rapport technique du secrétariat, *Protection of Broadcasting Organisations, Technical Background Paper*, 27 mars 2002, p. 11 et 12).

³³ « *Quasi* » est la traduction littérale de « *near* ». Or l'expression « *near video on demand* » est utilisée par les professionnels dans un cadre technique précis : lorsque la vidéo est diffusée en mode « *streaming* », tout en permettant d'en stocker une partie sur l'ordinateur pour un plus grand confort de visionnage. Cette hypothèse semble assez éloignée de la vidéo *quasi* à la demande citée par les textes juridiques.

³⁴ Directives précitées.

« quasi à la demande » peuvent être définis... mais sans que l'on sache concrètement quelles caractéristiques techniques doivent la différencier de la vidéo « à la demande ». Or, c'est sur ces caractéristiques techniques que l'analyse de la Cour porte en premier lieu.

Malgré l'incertitude planant autour de la notion de *quasi* vidéo à la demande, la Cour de Justice est d'accord pour donner cette qualification au service fourni par *Mediakabel*. En l'espèce, la société *Mediakabel* offre à ses abonnés la possibilité de recevoir, en complément des programmes d'autres émetteurs, une série d'émissions télévisuelles, par abonnement et via un décodeur et une carte à puce (service dénommé *Mr Zap*). Dans le cadre de ce service, l'abonné peut en outre accéder, moyennant paiement, à un ou plusieurs films à choisir parmi la liste affichée sur l'écran de télévision ou dans le guide des programmes (programme dénommé *Filmtime*). Les films du service *Filmtime* sont diffusés simultanément, sous forme codée, à tous les abonnés selon les horaires établis par *Mediakabel*. L'abonné indique par communication à distance (y compris par téléphone) le film qu'il souhaite voir aux horaires disponibles et, après avoir payé par encaissement automatique, il reçoit une clé électronique individuelle permettant de décoder les images.

La vidéo à la demande, qui permet à l'utilisateur d'opérer un véritable choix³⁵, doit être distinguée du système des multichaînes (diffusion d'une même œuvre sur plusieurs canaux à des horaires décalés) et du paiement à la séance (ou « *pay per view* »), qui consiste au paiement à la consommation d'une œuvre diffusée de manière cryptée et en continu³⁶.

En l'espèce, le service *Filmtime* peut être qualifié de service de « *pay per view* ». En effet, il ne donne à l'utilisateur qu'une interactivité limitée. Les horaires décalés lui permettent seulement de visionner les programmes à son propre rythme. Il s'agit ainsi de vidéo *quasi* à la demande. Mais comment donner une définition plus précise d'un tel service ?

La vidéo *quasi* à la demande n'est évoquée par le législateur européen que par le biais d'un jeu de définitions par exclusion, ou « en creux », sans faire l'objet d'une définition explicite. En effet, la directive 98/34 définit les « services de la société de l'information » par référence aux services de radiodiffusion télévisuelle visés par la directive 89/552, parmi lesquels la vidéo « *quasi* à la demande » est incidemment citée.

C'est sur ces définitions que s'est concentrée la réflexion du juge communautaire, qui a procédé à la délimitation de leur domaine d'application respectif.

1.3. La distinction entre « services de radiodiffusion télévisuelle » et « services de la société de l'information »

Le droit communautaire établit une distinction entre « services de radiodiffusion télévisuelle » et « services de la société de l'information »³⁷. Cette distinction³⁸ s'effectue par un faisceau d'indices illustrés par les textes de directives d'exemples concrets, dont celui de la vidéo *quasi* à la demande.

Dans la directive 98/34, un « service de la société de l'information » est défini comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services » (art 1.2(a)). Le même texte prévoit expressément (article 1.2, alinéa 4) qu'il ne s'applique pas « aux services de radiodiffusion télévisuelle visés à l'article 1er, point a), de la directive 89/552/CEE ».

Cet article 1(a) de la directive « télévision sans frontières » définit la « radiodiffusion télévisuelle » comme « l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes

³⁵ Voir E. Cherbit in Communication-Commerce électronique, sept. 2005, n° 9, fiche économique n° 2, p. 44.

³⁶ Cf. B. Montels, *Les Contrats de représentation des œuvres audiovisuelles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 179.

³⁷ La distinction, faite par la directive 89/552 et 98/34, est reprise par la directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite « directive commerce électronique », JOCE 17 juill. 2000, n° L 178, p. 1.

³⁸ Sur le fondement de cette distinction, voir les observations de C. Pouillet et P. Reynaud sur cette affaire in Lamy Droit de l'Immatériel, septembre 2005, n° 8, p. 61.

télévisés destinés au public. (...) » (directive 89/552, art. 1(a))³⁹. Les services de radiodiffusion télévisuelle sont également qualifiés de « *services linéaires* ».

L'annexe V de la directive « transparence »⁴⁰, après avoir répété que la définition précitée des « *services de la société de l'information* » ne couvre pas les « *services de radiodiffusion télévisuelle* » visés par la directive 89/552, précise que les services de vidéo « *quasi à la demande* » sont « *compris* » dans cette dernière notion. Les services de vidéo *quasi à la demande* sont ainsi clairement rattachés à la définition de la radiodiffusion télévisuelle de la directive « *télévision sans frontières* »⁴¹.

Malgré cette évidence apparente, la Cour de Justice des Communautés européennes a clarifié quelques points d'ombre soulevés par la question préjudicielle. La frontière entre les deux définitions est en effet parfois difficile à établir, surtout lorsqu'est soumis à l'examen du juge un service *quasi à la demande*, situé à la limite de cette frontière. La juridiction néerlandaise d'appel a d'ailleurs semblé se perdre dans ce dédale de définitions.

Le « *Raad van State* » s'est en effet interrogé sur la définition de la radiodiffusion télévisuelle de la directive 98/34, définition incluant expressément la vidéo *quasi à la demande* (annexe V) et apparaissant ainsi plus précise que celle figurant dans la directive 89/552 (article 1(a)). Contrairement à ce que laisse entendre la juridiction néerlandaise, cette précision de la directive « transparence » ne doit pas faire douter de la détermination du champ d'application respectif des deux directives. C'est bien la directive « *télévision sans frontières* » qui prévaut quant à la définition de la radiodiffusion télévisuelle. La définition visée à l'article 1(a) de la directive 89/552 est définie de façon autonome par cette disposition.

La Cour européenne rappelle que l'annexe V en question n'a pas de caractère contraignant (« [L'Annexe V] *n'a qu'une valeur indicative et ne vise qu'à définir par exclusion la notion de « service de radiodiffusion télévisuelle », dont la définition repose sur les seuls critères fixés à l'article 1^{er}, sous (a), de la directive 89/552* »). La Cour souligne qu'il n'a pu être dans l'intention du législateur communautaire, lors de l'adoption de la directive « transparence », de modifier la directive « *télévision sans frontières* » qui avait elle-même été modifiée en 1997. Cette intention est d'ailleurs manifeste dans la directive 98/48 modifiant la première directive « transparence » 98/34, qui énonce que le texte est « *sans préjudice du champ d'application de la directive 89/552* » (Considérant n° 20). En outre, le juge européen rappelle qu'une interprétation restrictive de la notion de « *service de radiodiffusion télévisuelle* » porterait atteinte aux objectifs poursuivis par la directive 89/552 (point n° 49). Ces précisions du juge sur l'intention du législateur communautaire sont dignes d'intérêt...

Les définitions des « *services de radiodiffusion télévisuelle* » et « *services de la société de l'information* » opèrent des renvois mutuels récurrents. La corrélation entre les critères utilisés par l'une et l'autre est évidente. Bien que les deux définitions soient autonomes, cette indépendance est toute relative⁴².

En réalité, le recoupement des critères des deux définitions a pour but de délimiter leurs domaines d'application, et non pas de donner des éléments d'appréciation sur leur teneur respective. Ainsi,

³⁹ La directive « *télévisions sans frontières* » (Art. 1 a) élimine certains services de la définition de radiodiffusion télévisuelle : « *Ne sont pas visés les services de communications fournissant, sur appel individuel, des éléments d'information ou d'autres prestations, tels que les services de télécopie, les banques de données électroniques et autres services similaires* ». Ces services peuvent donc être qualifiés de « *point à point* » (s'ils satisfont aux critères de cette définition). Par ailleurs, la directive sur le commerce électronique (précitée) précise au Considérant n° 18 que « *les services de vidéo à la demande ou la fourniture de communications commerciales par courrier électronique constituent des services de la société de l'information* ».

⁴⁰ Directive précitée, point 3, sous (a).

⁴¹ La Commission européenne précise dès 1995, lors de la première procédure de révision de la directive « *télévision sans frontières* », que les services de « *pay per view* » et de vidéo *quasi à la demande* sont couverts par la directive (COM(95)86 final).

⁴² Cf. C. Pouillet et P. Reynaud, précités, p. 60. Sur la loi française, voir J. Louvier et A. Hovine, *Vers un régime autonome de la communication en ligne ou l'art du trompe-l'oeil dans la société de l'information*, Légipresse, 2004, n° 217, III, p. 144.

l'appel individuel d'un service ne suffit pas à qualifier ce service de « *service de la société de l'information* », mais permet seulement de récuser la qualification de radiodiffusion télévisuelle.

Le juge donne de précieuses indications quant au jeu subtil de définition adopté par les deux textes. Il précise en effet que le champ d'application de la notion de « *radiodiffusion télévisuelle* » ne peut en aucune manière se déduire par opposition à celui de la notion de « *service de la société de l'information* ». Si la directive 98/34 mentionne certains services qui ne sont pas couverts par la notion de « *service de la société de l'information* », ces services ne sont pas pour autant des services de radiodiffusion télévisuelle. De même, ces derniers ne peuvent être limités aux services « *fournis par l'envoi de données sans appel individuel et destinés à la réception simultanée d'un nombre illimité de destinataires* » (directive 98/34, annexe V). La Cour souligne que si une telle interprétation était retenue, « *des services tels que ceux de télévision sur abonnement, diffusés auprès d'un nombre limité de destinataires, seraient soustraits à la notion de « service de radiodiffusion télévisuelle », alors qu'ils relèvent de cette notion, en vertu des critères fixés à l'article 1^{er}, sous (a), de la directive 89/552* »... réflexion que le juge applique au service fourni par Mediakabel.

C'est au regard des critères de la radiodiffusion télévisuelle que la Cour de Justice articule sa décision.

2. Les critères de la radiodiffusion télévisuelle

Avant de nous attarder sur le contenu des critères déterminant la notion de radiodiffusion télévisuelle, à savoir la destination au public (2.2) et le rôle du prestataire de service (2.3), un principe ayant gouverné le raisonnement du juge communautaire mérite quelques développements : le principe de neutralité technique (2.1).

2.1. Le principe de neutralité technique

La neutralité des supports, ou neutralité technique, signifie que l'application d'un régime juridique ne doit être soumise à aucune considération d'ordre technique (concernant notamment le mode de transmission ou le support utilisé).

La neutralité dans la réglementation des réseaux et des services est préconisée par l'ensemble des experts, notamment par le Conseil d'Etat français⁴³. Le principe est consacré par la législation communautaire, notamment par le « paquet télécom » de 2002⁴⁴.

A l'occasion de la télédistribution par câble, la Cour de Justice a déjà décidé qu'une telle diffusion entrainait dans le champ d'application de la directive « télévision sans frontières » (donc dans le champ de la radiodiffusion)⁴⁵, alors que cette technique était peu développée au moment de l'adoption de cette directive.

Dans cette affaire, la Cour relève que « *la technique de transmission des images n'est pas un élément déterminant dans [l']appréciation [du régime juridique applicable]* ». En l'espèce, la forme codée ou non des images transmises ou les modalités de paiement des services offerts ne peuvent fonder la distinction entre les notions de « service de radiodiffusion télévisuelle » et de « service de la société de l'information ».

⁴³ Le Conseil d'Etat critique d'ailleurs la position du Livre vert de la Commission européenne sur la convergence (précité), qui est favorable à la création d'une catégorie juridique spécifique aux « nouveaux services ». Le Conseil préconise au contraire que « *[ces services] ne doivent pas être considérés comme de nouveaux services au seul motif qu'ils sont accessibles via Internet. Il ne s'agit pas de nouveaux services, mais d'une nouvelle offre de services traditionnels* » (Rapport du Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998, p. 223).

⁴⁴ Directive n° 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre », JOCE L 108 du 24 avril 2002, p. 33), Considérant n° 18 et article 8.1.

⁴⁵ CJCE, 16 décembre 1992, *Commission des Communautés européennes c/ Belgique*, C-211/9116, Rec., p. 6757 (cf. notamment JDI, 1993, p. 429) et CJCE, 10 septembre 1996, *Commission des Communautés européennes c/ Belgique*, C-11/95, Rec., p. I-4115 (cf. notamment G. Toussaint, *Légipresse*, décembre 1996, n° 137, III, p. 145).

Même si la directive 98/34 précise que les services de la société de l'information sont « *prestés normalement contre rémunération* » (article 1.2), la pertinence du critère du paiement ne peut être retenue car même pour un service de la société de l'information, un tel paiement peut tout à fait ne pas exister (même si c'est exceptionnel, comme le relève l'Avocat Général⁴⁶).

L'Avocat Général rappelle⁴⁷ « l'évaluation objective » à laquelle doit procéder la Cour, cette évaluation devant être fondée sur « *des critères essentiellement techniques, inhérents aux modalités de transmission du contenu télévisuel* ». Il semble que cette approche ne soit pourtant pas des plus « objectives ». Le fondement de l'analyse sur des critères techniques revient précisément à nier le principe de neutralité technique...

Après avoir conclu à la prééminence de la directive « télévision sans frontières » quant à la définition de la notion de radiodiffusion télévisuelle, il est logique de trouver dans cette même directive les critères déterminant cette notion. C'est également grâce à ces critères qu'il peut être procédé à la distinction entre « services de radiodiffusion télévisuelle » et « services de la société de l'information ».

Parmi les critères qualifiant la radiodiffusion télévisuelle, le mode de transmission « point à multipoint » (un vers plusieurs) est essentiel. Ce critère ne doit pourtant pas aboutir à l'exclusion de la définition de la radiodiffusion tous les services transmis « point à point » (un vers un), sous peine de mettre de côté certains « nouveaux » services dont le mode de transmission s'adapte aux évolutions techniques.

Il semble que la Cour de Justice ait ces considérations à l'esprit dans la présente affaire en affinant les critères de la radiodiffusion. Parmi ces critères, la destination au public s'avère cruciale.

2.2. La destination au public, même restreint

Pour reprendre la terminologie de la directive « transparence »⁴⁸, un service de radiodiffusion télévisuelle est un service « *fourni par l'envoi de données sans appel individuel et destiné à la réception simultanée d'un nombre illimité de destinataires (transmission « point à multipoint »)* » (Annexe V, 3). En d'autres termes, les données ne sont pas envoyées à un seul spectateur qui les a demandées (transmission « point à point »).

Un service vidéo relève de la notion de radiodiffusion télévisuelle s'il consiste en l'émission primaire de programmes télévisés destinés au public. Par « public », la Cour rappelle qu'il faut entendre un nombre indéterminé de téléspectateurs potentiels auprès desquels les images sont transmises simultanément⁴⁹. Le critère de la destination au public est apprécié *in abstracto* par le juge. La Cour admet ici un public virtuel. Ce qui est déterminant, c'est la diffusion des programmes à destination de plusieurs personnes indéterminées, l'absence d'individualisation de la transmission du contenu. La simple éventualité de la réception par le public suffit à retenir la qualification de transmission « point à multipoint ». Peu importe que les destinataires soient abonnés au service. Aucune restriction de qualité ou de nombre ne peut ôter le statut de public à ces destinataires, dès lors qu'ils sont plusieurs à recevoir en même temps les mêmes programmes⁵⁰.

⁴⁶ Conclusions de l'Avocat Général, point n° 40.

⁴⁷ *Ibidem*, point n° 51.

⁴⁸ Précitée.

⁴⁹ Sur la notion de public, voir notamment H. Desbois, n° 263 et suiv. ; A. Françon, *La notion de public selon le droit d'auteur français*, in *La vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 243 et B. Montels, *Op. cit.*, p. 179 ; Comp. Ph. Gaudrat, Ph. Gaudrat et F. Sardain, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur*, Com. com. électr., nov. 2005, p. 6., spéc. n° 7 à 13.

⁵⁰ Pour une analyse du critère de la destination à un public simultané, notamment dans la loi française, voir M. Moritz commentant la même affaire *Mediakabel*, RLDI oct. 2005, n° 9, p. 26 (n° 250).

Les modalités de réception par le public sont indifférentes. Le service *Filmtime* relève de la radiodiffusion télévisuelle, même s'il est accessible à un nombre restreint de spectateurs⁵¹. Le fait que l'accès soit soumis à l'obtention d'un code personnel est également sans incidence, dès lors que les abonnés reçoivent les émissions au même moment⁵².

La destination au public doit s'entendre par opposition à la « demande individuelle ». Or, la notion de « demande individuelle » comporte le risque d'interprétations erronées. Un service « sur appel individuel » n'équivaut pas nécessairement à un service de la société de l'information. En l'espèce, la demande individuelle réside dans le simple fait de décrypter les programmes de *Filmtime* afin de les visionner. La transmission, elle, ne se fait pas à la demande des téléspectateurs puisque celle-ci est opérée simultanément à destination de tous les abonnés au service.

Selon la Cour, le critère de la destination au public est d'autant plus décisif qu'il s'inscrit dans une logique devant être dégagée de la législation communautaire. La Cour relève en effet que l'exclusion par la directive 98/34 (annexe V) des « services de communication fournis sur appel individuel » de la notion de « radiodiffusion télévisuelle » signifie que cette dernière notion recouvre des services n'étant pas fournis sur appel individuel. La pertinence du critère de la destination au public viendrait ainsi renforcer cette analyse⁵³.

La directive « transparence » définit le « service à la demande individuelle d'un destinataire de services » comme nécessitant un appel individuel visant l'envoi d'un contenu par le prestataire (article 1.2, troisième tiret). Dans la présente affaire, la Cour européenne va au-delà de cette définition. Pour retenir la définition de service fourni à la demande, elle pose en effet la condition d'une commande individuelle par un destinataire isolé qui aurait le libre choix de ses programmes dans un cadre interactif (point n° 39).

Selon la Cour, cette condition met en œuvre plusieurs critères : le choix négocié du contenu susceptible d'être transmis, le caractère personnalisé de l'information fournie sur le contenu, la fixation d'un commun accord des horaires de transmission et l'absence de transmission simultanée d'un même contenu à plusieurs destinataires. D'après cette analyse, le critère de la transmission « point à point » ne serait qu'un indice parmi d'autres pour retenir la qualification de « service de la société de l'information » (il est vrai qu'une transmission « point à point » ne s'effectue pas nécessairement à la demande du destinataire)⁵⁴.

Suivant cette logique, le service *Filmtime* ne peut être regardé comme un service fourni sur appel individuel et relève par conséquent de la notion de radiodiffusion télévisuelle. Outre le critère de l'accès au public, la Cour européenne retient également le critère du choix des programmes et de leurs horaires de diffusion placés sous le contrôle du diffuseur.

2.3. Le rôle du prestataire de service

La part d'interactivité des téléspectateurs permise par le service *Filmtime* n'exclut pas le maintien du contrôle du diffuseur sur ses programmes. Il s'agit bien en l'espèce d'un service *quasi* à la demande, où l'interactivité permise à l'utilisateur n'est pas très importante. C'est le prestataire de service qui

⁵¹ Même si l'on peut contester le fait qu'au sens strict de la définition de la radiodiffusion télévisuelle, les services de « pay per view » ne devraient pas relever de cette définition, faute de s'adresser au public en général (cf. C. Bernault, *Op. cit.*, n° 728).

⁵² La directive « télévision sans frontières » définit la radiodiffusion télévisuelle comme « l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non [c'est nous qui soulignons] (...) ». Cette analyse est confortée par l'OMPI, qui précise dans son projet de Traité relatif aux droits des organismes de radiodiffusion que « la transmission de signaux cryptés est assimilée à de la radiodiffusion lorsque les moyens de décryptage sont fournis au public par l'organisme de radiodiffusion ou avec son consentement » (11 mai 1999, art. 2(c), SCCR/2/6).

⁵³ Le rapport explicatif accompagnant la Convention européenne sur la télévision transfrontières du 5 mai 1989, élaborée en même temps que la directive 89/552, précise également que la vidéo *quasi* à la demande n'est pas un « service de communication opérant sur appel individuel » (points 83 et 84). Le rapport explicatif, tel qu'amendé par les dispositions du Protocole entré en vigueur le 1^{er} mars 2002, est accessible à l'adresse suivante : <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/132.htm>>. Voir G. Decocq commentant la présente affaire, Com. com. élect. juill.-août 2005, n° 7-8, commentaire n° 120, p. 34.

⁵⁴ Voir C. Pouillet et P. Reynaud, précités, p. 59.

établit la liste des films proposés par le service. Cette sélection est soumise à tous les abonnés dans les mêmes conditions (au moyen de programmes publiés dans les journaux ou au moyen d'informations diffusées sur l'écran de télévision). Les films sont accessibles aux horaires de diffusion fixés par le prestataire. Enfin, la clé personnelle permettant d'accéder aux films ne constitue qu'un moyen de décryptage d'images, dont les signaux sont diffusés simultanément à tous les abonnés. Le service *Filmtime* « *n'est donc pas commandé individuellement pas un destinataire isolé qui aurait le libre choix de ses programmes dans un cadre interactif. Il doit être regardé comme un service de quasi vidéo à la demande, fourni sur une base « point à multipoint » et non « à la demande individuelle d'un destinataire de services »* » (considérant n° 39).

Dans l'analyse du critère de la destination au public, le point de vue du prestataire est à privilégier par rapport à celui de l'utilisateur. À la différence de la vidéo à la demande, où le choix du programme visionné est à la discrétion du téléspectateur, le service de vidéo *quasi* à la demande se caractérise précisément par le fait que le programme transmis reste défini à l'avance par la chaîne⁵⁵. S'il est indéniable que *Mediakabel* ne détermine pas les œuvres effectivement choisies et regardées par les téléspectateurs, ce prestataire n'en conserve pas moins la maîtrise des œuvres qu'il diffuse. Cette maîtrise lui permet ainsi de connaître son temps global de diffusion et de respecter l'obligation posée par l'article 4 § 1 de la directive « télévision sans frontières »⁵⁶ de réserver une proportion majoritaire de son temps de diffusion à des œuvres européennes.

Conclusion

La distinction entre « services de radiodiffusion télévisuelle » et « services de la société de l'information » est vouée à perdre de sa pertinence au regard de la convergence des médias. Le cumul de divers critères de transmission de contenu par certains « nouveaux » services rend obsolète toute distinction opérée sur ces mêmes critères. La confusion des services hertzien et numérique et de leurs acteurs économiques brouille également la donne⁵⁷. L'actuelle révision de la directive « télévision sans frontières » s'inscrit d'ailleurs dans cette prise de conscience⁵⁸.

La convergence des médias⁵⁹, ou « confusion de tous les écrans » (télévision, ordinateur, téléphone mobile)⁶⁰, permet aux utilisateurs d'aller au-delà de la radiodiffusion télévisuelle, mode de diffusion traditionnel. La « consommation » des contenus audiovisuels se départit de plus en plus des flux de programmes imposés par les diffuseurs et visionnés « à la volée ». Elle se rapproche aujourd'hui davantage d'une « consommation » personnalisée, à la carte, à l'endroit et au lieu choisi par les utilisateurs. Les services de vidéo « à la demande » et « *quasi* à la demande » illustrent bien ce phénomène de convergence et l'évolution des modes de consommation de contenus.

⁵⁵ Cf. B. Montels, *Ibidem*.

⁵⁶ Précité (note n° 7). Les quotas sont constitués par les œuvres diffusées et non par les œuvres décryptées par les abonnés au service. Comme le rappelle G. Decocq (précité), « *la directive n'impose pas au téléspectateur de regarder un quota d'œuvres européennes ou que soient choisies à sa place les images à décrypter* ».

⁵⁷ Cf. Pouillet et P. Reynaud, précités, p. 61.

⁵⁸ Voir la communication de la Commission européenne du 15 décembre 2003 sur l'avenir de la politique de réglementation européenne dans le domaine de l'audiovisuel, COM(2003)784 final : « *À moyen terme, la Commission estime (...) qu'une révision approfondie de la directive [89/552/CE] pourrait être nécessaire afin de prendre en compte les développements technologiques et les changements intervenus dans la structure du marché de l'audiovisuel.* »

⁵⁹ Voir le *Livre Vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information et les implications sur la réglementation*, Commission européenne COM(97)623, Bruxelles, 3 décembre 1997 et le Rapport du Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998, p. 21 et p. 219 et suivantes.

⁶⁰ La télévision et la vidéo à la demande sur téléphone mobile sont en plein développement. Sur l'offre vidéo sur téléphone mobile, voir notamment E. Cherbit *in* Com. com. électr., juill.-août 2005, n° 7-8, fiche économique n° 1, p. 41 ; Th. Verbiest, *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, juillet-août 2005, n° 7, p. 36 et [Journaldunet.com](http://www.journaldunet.com), 17 novembre 2005 (<http://www.journaldunet.com/actualite/depeche/28/112338/la_consommation_de_television_sur_portable_desor_mais_incontournable.shtml>). La sortie récente de baladeurs numériques intégrant la fonction vidéo illustre également le phénomène de migration des contenus vidéo sur tous supports. Le succès croissant du « *podcasting* », mode de diffusion qui permet d'écouter ou de visionner du contenu audiovisuel sur baladeur numérique (par téléchargement), s'inscrit aussi dans ce phénomène (sur la vidéo sur baladeur numérique, voir notamment [Liberation.fr](http://www.liberation.fr), <<http://www.liberation.fr/page.php?Article=330961>>).

Ces services regroupent diverses caractéristiques techniques venant tant du domaine de la télévision que de celui d'Internet. Aussi n'est-il pas toujours aisé de désigner le régime juridique applicable à ces services caractérisés par tant de mixité technique. La décision de la CJCE du 2 juin 2005 est un exemple de cette difficulté.

Bien que le phénomène de convergence des médias et des télécommunications continue de s'accroître, une remise en cause totale de la distinction entre « services de radiodiffusion télévisuelle » et « services de la société de l'information » est considérée comme prématurée par les le législateur européen⁶¹.

En attendant, la décision de la CJCE du 2 juin 2005 marque une tendance consistant à élargir le champ de la radiodiffusion télévisuelle afin de soumettre certains services fournis « à la demande » à la réglementation de l'audiovisuel⁶². Car la question centrale est finalement de savoir jusqu'où s'étend le droit de l'audiovisuel, dont certains sont tentés de se départir⁶³.

Dans l'esprit du droit communautaire, qui a formulé les critères distinguant « services de radiodiffusion télévisuelle » et « services de la société de l'information », la Cour européenne a voulu continuer dans cet effort de conceptualisation et de clarification. Or ces critères ne font finalement que produire une certaine insécurité juridique au regard de ces « nouveaux services », pour lesquels le juge cherche obstinément à appliquer une frontière inadaptée. Cependant, le juge ne s'obstine que parce que les textes ne lui laissent pas le choix... C'est l'une des raisons pour lesquelles la révision de la directive « télévision sans frontières » est attendue⁶⁴.

La détermination du cadre juridique applicable aux « nouveaux » services vidéo est d'autant plus cruciale que le développement de ces services est d'une importance vitale pour la filière de la création audiovisuelle. En effet, les services « à la carte » (« à la demande » ou « quasi à la demande ») donnent une souplesse d'utilisation des œuvres pouvant prétendre détourner les utilisateurs du piratage. Seule la qualité et la diversité de l'offre de tels services peuvent contribuer à faire basculer la tendance de l'offre illicite à l'offre légale. Pour atteindre cet objectif de qualité et de diversité, le droit de l'audiovisuel dispose précisément de nombreux moyens... à condition que son application aux « nouveaux » services soit clairement affirmée.

A. C.L.

⁶¹ Communication de la Commission européenne, précitée : « *La réglementation horizontale du contenu est prématurée, une convergence totale des médias n'ayant pas encore été atteinte* ».

⁶² *Contra* : K. Renaud (précitée, p. 194) qui dénonce la distinction des régimes applicables en fonction des modalités techniques de diffusion, ce qui aboutirait, selon elle, « à refuser de penser la nature de l'œuvre audiovisuelle (...) allant dans le sens d'une déréglementation de la communication audiovisuelle » et à ainsi réduire la portée de la réglementation sur les contenus, dont la réglementation de l'audiovisuel.

⁶³ Certains critiquent l'argument de la convergence des médias comme cachant une volonté de déréguler l'audiovisuel. Cf. S. Regourd, *Droit de la communication audiovisuelle*, Paris, PUF, 2001, n° 7 et J.-P. Jezequel, *La convergence ou le brouillage d'une véritable réflexion prospective*, Légipresse, 1998, n° 157, II, p. 153.

⁶⁴ Sur les propositions de la Commission pour la révision de la directive « télévision sans frontières », voir le texte de la proposition de directive (précitée) ainsi que le document de synthèse de la Conférence de Liverpool sur l'audiovisuel de la DG Société de l'information et des médias de juillet 2005 (document accessible à l'adresse <<http://www.tvsf.eu2005.lu>>). Selon ces propositions, la réglementation des contenus audiovisuels reposerait sur des règles fondamentales communes et sur un régime particulier applicable aux services audiovisuels dits « linéaires » (de radiodiffusion). On peut regretter le fait que ces propositions touchent une nouvelle fois au mode de diffusion et ne contribuent donc pas forcément à une distinction plus adaptée. Cf. Pouillet et P. Reynaud (précités, p. 62) qui suggèrent des critères davantage liés à l'« impact du contenu » diffusé : nature du public visé par le service, nombre de destinataires et chiffre d'affaire du prestataire.