

Conclusions de l'avocat général Affaire C-298/17 du 5 juillet 2018 France Télévision contre Playmedia

DATE 9/07/2018

ÉMETTEUR BAJ

L'avocat général, M. Maciej Szpunar, a rendu le 5 juillet 2018 ses conclusions dans une affaire dite France Télévision contre Play Média qui pose la question de l'articulation entre la définition juridique française et européenne de la notion de « distributeur des services audiovisuels » et de la transposabilité des règles conçues pour le secteur audiovisuel telles que les obligations de diffusion « must carry »¹ et « must offer »² au nouvel environnement qu'est Internet.

Les conclusions de l'avocat général mettent en exergue le bouleversement du paysage audiovisuel provoqué par le développement d'Internet et la nécessité de conduire une appréciation au cas par cas pour savoir si et dans quelles conditions les obligations conçues pour les modes de transmission classique sont applicables au nouvel environnement qu'est Internet.

Après une présentation des faits, de la procédure et des questions préjudicielles (I), il conviendra d'analyser le sens des conclusions de l'avocat général (II)

À titre liminaire, il convient de rappeler que ces conclusions constituent l'avis de l'avocat général et ne lient pas la Cour.

1 | Les faits et la procédure

1-1 Les faits

La société Playmédia propose une offre de distribution de services audiovisuels sur les réseaux internet (OTT)³. Elle propose, entre autres, la diffusion en flux continu et en temps réel de plusieurs chaînes de télévision, dont France Télévision. L'accès à ce site n'est pas payant, Playmédia finançant son activité par la publicité.

Play Média est un distributeur de services audiovisuels au sens de l'article 2.1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication⁴. A la différence du droit de l'Union européenne qui, sans le définir, appréhende le rôle de distributeur à travers la notion d'exploitant de réseaux utilisés par un nombre significatif

1 Par « must carry » on entend l'obligation imposée aux distributeurs de services par câble ou par satellite de diffuser certaines chaînes

2 Par « must offer » on entend l'obligation qui pèse sur certaines organismes de télévision de permettre la diffusion de leurs programmes par les entreprises soumises à l'obligation de diffusion.

3 L'expression over-the-top (OTT) désigne les services audiovisuels utilisant l'internet ouvert pour la distribution de leurs contenus, par opposition aux réseaux classiques de distribution de services de télévision (réseaux de communications électroniques exploités et gérés par les fournisseurs d'accès à internet, réseaux hertziens, câble

4 Pour l'application de la présente loi, les mots : distributeur de services désignent toute personne qui établit avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques au sens du 2° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques. Est également regardée comme distributeur de services toute personne qui constitue une telle offre en établissant des relations contractuelles avec d'autres distributeurs »

d'utilisateurs pour recevoir des services audiovisuels, en droit français le distributeur est défini par son activité commerciale (mise à disposition d'une offre de services), sans considération des modalités techniques de distribution mises en œuvre pour accéder au public.

Dans ce contexte Playmédia a souhaité conclure avec la société France Télévision un contrat de distribution. Ses demandes n'ayant pas abouti, celle-ci a assigné France Télévisions en justice en vue de la conclusion d'un tel contrat, en invoquant l'obligation pesant sur France Télévisions, en vertu de l'obligation de diffusion prévue à l'article 34-2 de la loi relative à la liberté de communication, de permettre la diffusion de ses chaînes par Playmédia. France Télévisions a formé des demandes reconventionnelles contre Playmédia fondées sur la violation de ses droits de propriété intellectuelle.

Ayant succombé, tant en première instance qu'en appel Playmédia a formé un pourvoi en cassation. Par jugement du 5 juillet 2017, la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer sur ce pourvoi dans l'attente de la décision de la Cour de Justice

Parallèlement aux procédures judiciaires évoquées ci-dessus, Playmédia a saisi le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) afin d'obtenir le règlement du différend avec France Télévisions. Par décision du 27 mai 2015, le CSA a mis France Télévisions en demeure de ne pas s'opposer à la reprise de ses services sur ledit site Internet. France Télévisions a saisi le Conseil d'État d'un recours en annulation contre cette décision.

C'est dans ces circonstances que le Conseil d'État a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de Justice de l'Union Européenne les questions préjudicielles suivantes :

1-2 Les questions préjudicielles posées

- ✓ Une entreprise qui propose le visionnage de programmes de télévision en flux continu et en direct sur Internet doit-elle, de ce seul fait, être regardée comme une entreprise qui exploite un réseau de communications électroniques utilisé pour la diffusion publique d'émissions de radio ou de télévision au sens du paragraphe 1 de l'article 31 de la directive 2002/22 « service universel »⁵ ?
- ✓ En cas de réponse négative à la première question, un État membre peut-il, sans méconnaître la directive [2002/22]⁶ ou d'autres règles du droit de l'Union européenne, prévoir une obligation de diffusion de services de radio ou de télévision pesant à la fois sur des entreprises exploitant des réseaux de communications électroniques et sur des entreprises qui, sans exploiter de tels réseaux, proposent le visionnage de programmes de télévision en flux continu et en direct sur Internet ?
- ✓ En cas de réponse positive à la deuxième question, les États membres peuvent-ils s'abstenir de subordonner l'obligation de diffusion, en ce qui concerne les distributeurs de services qui n'exploitent pas des réseaux de communications électroniques, à l'ensemble des conditions prévues au paragraphe 1 de l'article 31 de la directive [2002/22], alors que ces conditions s'imposeront en vertu de la directive en ce qui concerne les exploitants de réseaux ?
- ✓ Un État membre qui a institué une obligation de diffusion de certains services de radio ou de télévision sur certains réseaux peut-il, sans méconnaître la directive [2002/22], prévoir l'obligation pour ces services d'accepter d'être diffusés sur ces réseaux, y compris, s'agissant d'une diffusion sur un site Internet, lorsque le service en cause diffuse lui-même ses propres programmes sur Internet ?
- ✓ La condition selon laquelle un nombre significatif d'utilisateurs finals des réseaux soumis à l'obligation de diffusion doivent les utiliser comme leurs moyens principaux pour recevoir des émissions de radio ou de télévision prévue au paragraphe 1 de l'article 31 de la directive [2002/22] doit-elle, s'agissant d'une diffusion par Internet, s'apprécier au regard de l'ensemble des utilisateurs qui visionnent des programmes de télévision en flux continu et en direct sur le réseau Internet ou des seuls utilisateurs du site soumis à l'obligation de diffusion ? »

⁵ L'article 31, paragraphe 1, premier alinéa, dispose : « Les États membres peuvent imposer des obligations raisonnables de diffuser ("must carry") pour la transmission de chaînes de radio et de télévision spécifiées et de services complémentaires, notamment les services d'accessibilité destinés à assurer un accès approprié pour les utilisateurs finals handicapés, aux entreprises relevant de leur ressort qui fournissent des réseaux de communications électroniques utilisés pour la diffusion publique de chaînes de radio et de télévision, lorsqu'un nombre significatif d'utilisateurs finals utilisent ces réseaux comme leur moyen principal pour recevoir des chaînes de radio et de télévision. Ces obligations ne sont imposées que lorsqu'elles sont nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis par chaque État membre, et sont proportionnées et transparentes.

⁶ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques

2 | Les conclusions de l'avocat général

En premier lieu, à la question de savoir si une entreprise qui propose le visionnage de programmes de télévision en flux continu peut-être regardée comme une entreprise qui fournit un réseau de communications électroniques, l'avocat général répond par la **négative**.

A ce titre, l'avocat général considère que les directives formant le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, dont fait partie la directive 2002/22, reposent sur une distinction très nette entre la fourniture de l'infrastructure de ces réseaux, d'une part, et la fourniture du contenu diffusé sur ces réseaux ou d'autres services fournis au moyen de ces réseaux, d'autre part. Selon l'avocat général « *Il est clair qu'une entreprise qui propose sur Internet le visionnage de programmes de télévision ne fournit pas un réseau de communications électroniques, mais un contenu acheminé vers ses utilisateurs à l'aide d'un tel réseau (en l'occurrence Internet). Par conséquent, une telle entreprise est non pas un fournisseur mais un utilisateur d'un tel réseau. Son service constitue manifestement un service de la société de l'information, mais ne consiste ni entièrement ni principalement en la transmission de signaux, car celle-ci est assurée par les fournisseurs d'accès à Internet. Confondre ces deux activités irait à l'encontre de la neutralité de ces fournisseurs d'accès à l'égard des contenus transmis exigée à l'article 12 de la directive 2000/31.*

En deuxième lieu l'avocat s'attache à analyser la conformité avec la directive 2002/22 des dispositions nationales visant à instaurer une obligation de diffusion « must carry » aux entreprises n'exploitant pas des réseaux de communications électroniques et une obligation de « must offer » pesant sur les organismes de télévision la (deuxième et quatrième question préjudicielle).

L'avocat général considère que la directive 2002/22 **ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, aux entreprises qui proposent le visionnage de programmes de télévision en flux continu et en direct sur Internet, une obligation de diffuser des programmes de télévision spécifiques dans la mesure où cette obligation poursuit un but d'intérêt général** tel que le maintien de la politique culturelle de ce même État ou encore le caractère pluraliste de l'offre.

L'avocat général considère que la vérification de ces conditions incombe aux juridictions nationales tout en exprimant des doutes quant à l'existence d'un tel intérêt général dès lors que les programmes de l'organisme de télévision (dans le cas d'espèce France Télévision) sont d'ores et déjà disponibles sur son site internet en libre accès. « *Il est vrai que, comme le soutient le gouvernement français, il pourrait être plus commode pour l'internaute d'avoir accès aux programmes de plusieurs organismes de télévision sur un même site Internet plutôt que devoir naviguer entre les différents sites de ces organismes. Cependant, on peut légitimement se demander si un tel argument fondé sur la commodité est à même de justifier les contraintes qui pèsent tant sur les entreprises soumises à l'obligation de diffusion (liée par exemple à l'exigence d'obtenir l'accord des titulaires des droits d'auteur) que sur les organismes de télévision concernés du fait de l'obligation de « must offer ». Cet aspect devrait être pris en compte par la juridiction de renvoi lors de l'appréciation de la proportionnalité d'une éventuelle imposition de l'obligation de diffusion aux entreprises qui proposent la transmission des programmes de télévision sur Internet ».*

Par ailleurs, l'avocat général analyse la compatibilité de ces obligations de diffusion eu égard **au droit d'auteur**.

Il estime à cet effet que les entreprises doivent obtenir préalablement l'accord des titulaires des droits d'auteur ou des droits voisins protégeant les objets contenus dans lesdits programmes. A ce sujet l'avocat général considère que la « *retransmission de programmes de télévision sur Internet, par une entreprise autre que l'organisme de télévision d'origine, constitue en principe une communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29. Une législation nationale ne saurait donc imposer aux entreprises effectuant une telle retransmission une obligation de diffusion, assortie d'une obligation pesant sur les organismes de télévision concernés de ne pas s'opposer à cette diffusion, sans exiger de ces entreprises d'obtenir préalablement l'accord des titulaires des droits d'auteur* ». « *Contrairement à ce que soutient Playmédia dans ses observations, l'obligation de diffusion ne prime pas sur les droits d'auteur et les droits voisins protégeant les émissions de télévision et les œuvres contenues dans ces émissions. Une telle primauté ne résulte d'aucune disposition du droit de l'Union en matière de droit d'auteur. Si les entreprises peuvent être soumises à l'obligation de diffusion, cela ne les libère pas d'autres obligations légales concernant l'activité de diffusion de programmes de télévision, parmi lesquelles figure l'obligation d'obtenir l'accord des titulaires des droits d'auteur concernés* ».

L'avocat général considère que la prise en compte du droit d'auteur est d'autant plus important dès lors qu'avec le développement d'internet les obligations de diffusion pesant sur les organismes de diffusions (must offer) jouent un rôle bien plus important que l'obligation de diffusion (must carry) pesants sur les distributeurs car elles permettent à ces

derniers de bénéficier des contenus attractifs, susceptibles de générer du trafic sur leurs sites et d'augmenter ainsi leurs revenus publicitaires. « *La situation se présente autrement lorsque cette obligation apparaît plutôt comme un avantage pour les entreprises qui y sont soumises. Les organismes de télévision peuvent s'opposer à la reprise de leurs programmes par des fournisseurs de contenus qu'ils peuvent percevoir comme leurs concurrents, par exemple sur le marché de la publicité. Les droits d'auteur peuvent donc constituer un obstacle à la réalisation de l'obligation de diffusion. Ce problème doit être pris en compte lors de l'imposition et de la mise en œuvre de cette obligation* » En dernier lieu l'avocat général considère que dans la mesure où les obligations de diffusion sortent du champ de la directive 202/22, les États membres ne sont pas liées aux conditions imposées par la directive.

