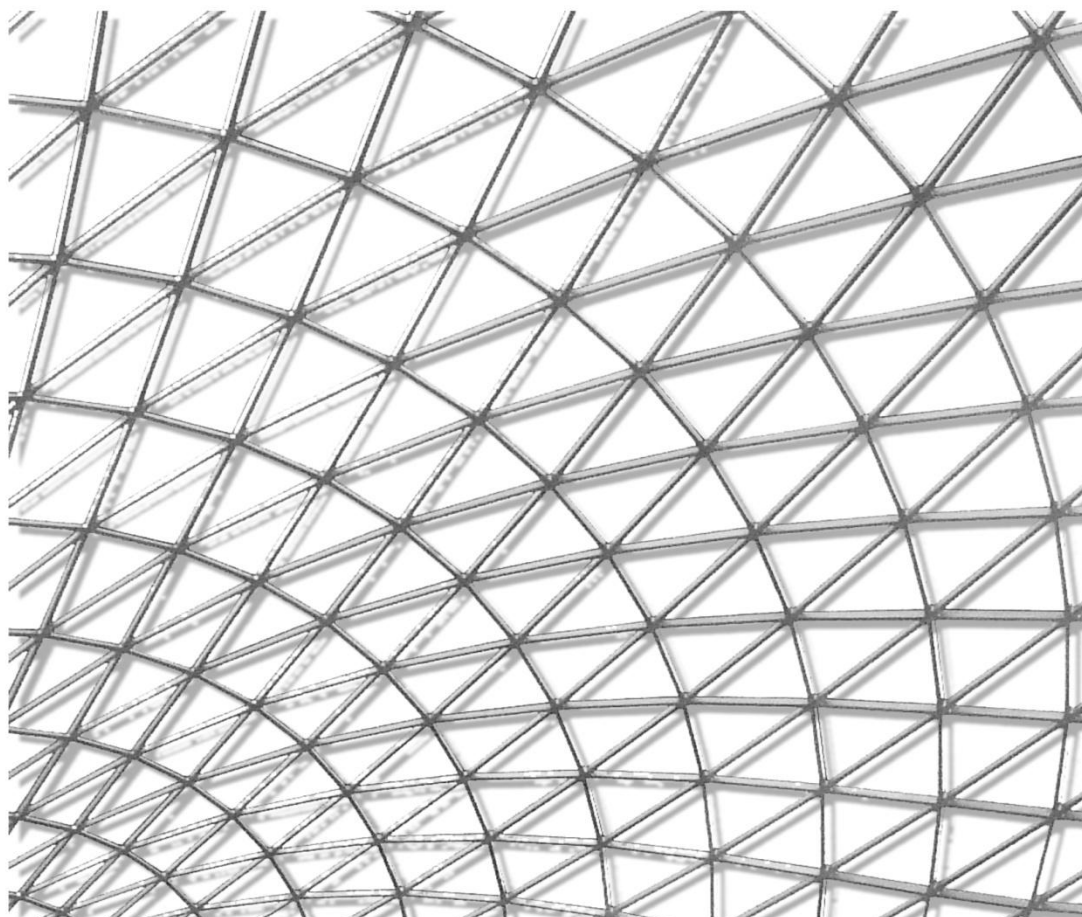




# REVUE JURIDIQUE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES



CHRONIQUES

NOTES DE JURISPRUDENCE

ÉTUDES

## CHRONIQUES

### INTERNET

- N° 37 – page 4. La Cour de cassation consacre le statut d'hébergeur de *Dailymotion*
- N° 38 – page 5. La neutralité du net au cœur de tous les débats
- N° 39 – page 6. La « taxe Google » votée par le Sénat – Une « mesure contre-productive aux yeux des annonceurs
- N° 40 – page 8. Le développeur de *Freezer* condamné
- N° 41 – page 9. Le serpent de mer du statut des hébergeurs et de leur responsabilité
- N° 42 – page 11. Annulation d'une condamnation de Google par la Cour de cassation – L'avenir de la protection des marques sur internet en question

### TÉLÉVISION

- N° 43 – page 14. La liberté d'expression est-elle menacée ? Le « cas Eric Zémour »
- N° 44 – page 15. Le CSA interdit aux chaînes de télévision de citer leur page *facebook* ou *twitter*
- N° 45 – page 16. Condamnation de France 2 par le CSA : L'enfant n'était pas mort, la déontologie l'était
- N° 46 – page 19. La Cour d'appel de Paris déboute le groupe M6 dans ses poursuites contre *tv-replay.fr*
- N° 47 – page 19. Marine Le Pen envisage de saisir le CSA après la diffusion d'un reportage tourné en caméra cachée

### RADIO

- N° 48 – page 20. *Radio France* condamnée pour le licenciement de Stéphane Guillon
- N° 49 – page 21. Quotas de diffusion d'œuvres francophones à la radio : les majors et les radios pas sur la même longueur d'onde...

### PRESSE

- N° 50 – page 22. La réforme envisagée par le CSMP conduira-t-elle à l'abrogation de la loi Bichet ?

### CINÉMA

- N° 51 – page 24. « Hors la loi », le bien nommé ? La question de la conciliation entre liberté d'expression et protection de l'ordre public remise à l'ordre du jour
- N° 52 – page 25. Superman craint la kryptonite et... les droits d'auteur

### PUBLICITÉ

- N° 53 – page 26. Pour la CJUE, le critère de la rémunération n'est pas décisif dans la qualification de publicité clandestine
- N° 54 – page 27. Le *Jailbreak* est-il légal ?

### TÉLÉCOMMUNICATIONS

- N° 55 – page 28. *Numericable* et *France Telecom*, une histoire de contentieux

### DROIT D'AUTEUR

- N° 56 – page 29. Roland Magdane « vs » *Dailymotion*
- N° 57 – page 31. *Free versus Ozmosis*
- N° 58 – page 32. La taxe sur la copie privée ne s'applique plus aux professionnels
- N° 59 – page 33. La redevance pour copie privée menacée par le droit de la CJUE et son arrêt *Padawan*
- N° 60 – page 35. La Commission européenne souhaite une harmonisation des droits de propriété intellectuelle

### Comité scientifique

#### Hervé Isar

Professeur, Vice-président de l'Université d'Aix-Marseille  
Co-directeur du LID2MS  
Directeur de l'IREDEC

#### Jean Frayssinet

Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille

#### Frédéric Laurie

Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille  
Directeur des études du Master II Droit des télécommunications

#### Alexandra Touboul

Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille  
Directrice des études du Master II Droit des médias

#### Guy Drouot

Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix en Provence

#### Karine Favro

Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, Colmar-Mulhouse

#### Xavier Agostinelli

Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var

L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Revue Juridique des  
Communications Electroniques –  
LID2MS  
3 Av. Robert Schuman  
Espace René Cassin  
13628 Aix en Provence  
Cedex 1

Tel : 04 42 17 29 36  
Fax : 04 42 17 29 38

#### Directeur de la publication :

Hervé Isar  
herve.isar@univ-amu.fr

#### Rédacteur en chef :

Boris Barraud  
boris.barraud@univ-amu.fr

#### Rédactrice en chef adjointe :

Isabelle Meyer  
isabelle.meyer@univ-amu.fr

#### Collaboration scientifique et technique :

Willy Duhén  
ATER à l'Université Paris Ouest  
Nanterre La Défense

#### Parution biannuelle

Les articles peuvent être cités de la manière suivante :  
AUTEUR, « Nom de l'article », *RJCE* 2011/2, n° 36 (année/n° de la revue, n° de l'article)

Pour soumettre toute contribution :  
boris.barraud@univ-amu.fr

<http://www.lid2ms.com>  
<http://www.iredic.com>

**NOTES DE JURISPRUDENCE****INTERNET**

- N° 61 – page 37. TGI Créteil, 14 déc. 2010, *INA c/ Youtube* (hébergeurs)  
N° 62 – page 39. TGI Paris, 24 nov. 2010, *Omar S. c/ Alexandre P.* (usurpation d'identité et droit à l'image)  
N° 63 – page 41. TGI Paris, 5 mai 2010, *eBay Europe c/ CVV* (vente aux enchères en ligne)  
N° 64 – page 43. TGI Paris, 29 oct. 2010, *Free c/ Osmozis* (contrefaçon de marque sur internet)  
N° 65 – page 45. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2010, *Mme X et M. Y c/ Go voyages* (commerce électronique)

**TÉLÉVISION**

- N° 66 – page 47. CSA, 27 sept. 2010, *Avis rendu au Gouvernement sur un projet de décret relatif aux services de médias audiovisuels à la demande* (services de médias audiovisuels à la demande)  
N° 67 – page 49. Cass. Com., 13 juil. 2010, *SFR et Free c/ France Telecom* (droits de diffusion)

**PRESSE**

- N° 68 – page 51. Cass. Soc., 6 oct. 2010, *Société Hola et Presse Nouvelles Actualités* (régime social du journaliste)

**DROIT D'AUTEUR**

- N° 69 – page 53. CA Paris, 19 mars 2010, *SARL Saga communication c/ Cie nationale Royal Air Maroc et Universal* (droit d'adaptation d'une œuvre)  
N° 70 – page 55. CA Paris, 17 nov. 2010, *Rue du commerce c/ Omnisoft multimedia et autres* (commerce électronique)  
N° 71 – page 57. Cass. Soc., 19 oct. 2010, *Mme Myriam X. c/ SA Lowe Strateus* (œuvre de salarié)  
N° 72 – page 59. TGI Digne les Bains, 20 oct. 2010, *Philippe L. c/ L'agitateur floral et autres* (contrefaçon de marque)  
N° 73 – page 61. Cour suprême des Etats-Unis, 13. Déc. 2010, *Costco Wholesale corporation c/ Omega S.A. (first sale doctrine)*

**ETUDE****TÉLÉVISION**

- N° 74 – page 63. Conseil Supérieur de l'Audiovisuel et services de médias audiovisuels à la demande

## LA COUR DE CASSATION CONSACRE LE STATUT D'HEBERGEUR DE DAILYMOTION

Par Sarah Stealens

Peut-on parler d'un terme définitif au débat sur le statut des plateformes d'hébergement ?

C'est ce qui semble ressortir des trois arrêts de la première chambre civile de la cour de cassation rendus le 17 février 2011. Dans ces décisions la Cour s'est alignée sur les solutions dégagées par les juges du fond en appliquant le régime de responsabilité prévu par l'article 6 de la loi sur la confiance en l'économie numérique (LCEN) de 2004.

Dans cette affaire, la plateforme d'hébergement Dailymotion était opposée aux producteurs du film *Joyeux Noël*. Il lui était reproché de ne pas avoir définitivement mis fin à la diffusion du film sur son site et cela alors que la contrefaçon lui avait été signifiée.

Le 13 juillet 2007, le Tribunal de Grande Instance de Paris a condamné Dailymotion pour contrefaçon et parasitisme. Les juges ont considéré que le site aurait dû surveiller que le contenu illicite ne soit pas rediffusé sur la plateforme. En effet, Dailymotion ayant déjà été prévenu du caractère illicite de ce contenu, aurait par la suite dû être plus vigilant.

Ce n'est pas ce qu'a retenu la cour d'appel qui, dans un arrêt du 6 mai 2009 a considéré que Dailymotion était un simple prestataire technique et ne pouvait donc être tenu responsable du contenu présent sur son site. Elle avait également retenu que la plateforme avait parfaitement respecté ses obligations en retirant le film dès lors que la contrefaçon lui a été désignée.

La cour de cassation a confirmé la solution rendue par la cour d'appel en rejetant les arguments apportés par les ayants droits. Ils considéraient que le statut d'hébergeur ne pouvait être retenu pour Dailymotion, ils ont invoqués notamment

l'organisation des contenus, l'encodage des contenus ainsi que la vente d'espace publicitaire sur le site.

C'est une réelle victoire pour les sites dits de web 2.0 qui peuvent dorénavant se prévaloir du statut d'hébergeur de contenu et ainsi se voir appliquer un régime de responsabilité particulier. Ce régime consiste en une exonération de responsabilité à l'encontre des hébergeurs. Cependant les plateformes doivent retirer promptement les contenus illicites dès lors qu'elles en ont eu connaissance. A défaut de quoi la responsabilité de l'hébergeur pourra être retenue.

La question que l'on peut se poser est celle de savoir si ces décisions constituent un revirement de jurisprudence en comparaison à la solution retenue par la cour de cassation dans l'affaire Tiscali le 14 janvier 2010. Le fournisseur d'accès à internet Tiscali a été considéré comme un éditeur car il permettait à ses clients de diffuser des contenus dans un espace web entouré de publicité. La cour avait alors considéré que l'exploitation commerciale excluait le statut d'hébergeur.

On voit aujourd'hui que le fait de bénéficier de revenu par la publicité n'est plus forcément le signe distinctif d'un éditeur. Cependant la décision Tiscali a été rendue alors que la directive « commerce électronique » n'avait pas encore été transposée, le contexte législatif n'était donc pas le même pour ces deux affaires.

Aujourd'hui les plateformes d'hébergement comme Youtube ou Dailymotion sont confortées dans un statut d'hébergeur. Cependant ce statut n'est pas encore appliqué à tous les acteurs du web 2.0. En effet, par exemple, Ebay s'est vu refuser la qualification d'hébergeur au profit de celle d'éditeur.

Source :

BANDINELLI (P.), « Dailymotion est reconnu comme un hébergeur de contenus », *economie-numerique.net*, <<http://www.economie-numerique.net/2011/02/26/dailymotion-est-reconnu-comme-un-%C2%AB-hebergeur-de-contenus-%C2%BB/>>, consulté le 11 novembre 2011.

n° 38

## CHRONIQUE – INTERNET

Sous la direction de Jean Frayssinet  
Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille

## LA NEUTRALITE DU NET AU CŒUR DE TOUS LES DEBATS

Par Morgane Landras

Entre un rapport parlementaire Français et un rapport Européen de la Commission de Bruxelles, la neutralité du Net est un sujet épineux qui est actuellement au cœur de tous les débats.

En effet, le 13 avril, deux députés, Laure de la Raudière (UMP) et Catherine Ehrel (PS), ont présenté en commission des Affaires économiques de l'Assemblée nationale, un rapport parlementaire sur la neutralité du Net. Selon ce rapport, le principe doit être défini et inscrit dans la loi.

Ce principe prévoit que l'accès au réseau doit être identique pour tous les services Internet. Ainsi, est exclut toute discrimination à l'égard de la source, de la destination ou du contenu de l'information transmise sur le réseau. De ce fait, ce principe garantit que les utilisateurs ne feront face à aucune gestion du trafic internet qui aurait pour effet de limiter leur accès aux applications et services distribués sur le réseau.

Ce principe est pourtant actuellement mis en danger par la menace de saturation des réseaux, notamment mobile, et la tentation des opérateurs de restreindre l'accès à certains sites trop gourmands en bande passante, comme, en particulier, les sites de partage de vidéo (YouTube, Dailymotion...). C'est d'ailleurs déjà le cas dans certains forfaits Internet mobile, qui empêchent l'accès au service de voix sur IP (téléphoner via Internet), aux newsgroups (ancêtres des forums) ou au pair à pair. Ce blocage, contraire au principe de neutralité, se place ainsi au cœur du débat.

Une solution pour remédier à ce problème pourrait être la migration vers le très haut débit, avec la mise en place de la fibre optique ou, pour les mobiles, du réseau 4G. Mais cela a un coût. Or les opérateurs ne veulent pas être les seuls à supporter ce coût. Ils souhaitent une participation des fournisseurs de contenus (Google, YouTube ou Facebook), participation inacceptable, selon ces derniers. « Les opérateurs touchent l'intégralité de l'abonnement.

Il est donc normal que ce soient eux qui investissent. Ou alors, on nous reverse une partie

de l'abonnement », justifie Martin Rogard, directeur France de Dailymotion.

Si ce rapport affirme l'importance d'inscrire la neutralité du Net dans la loi, les députés instigatrices en prévoient une exception. Selon elles « il paraît justifié que les seules mesures de gestion de trafic compatibles avec la neutralité, autres que celles découlant de la loi ou des besoins de sécurité, soient celles prises en cas de congestion non prévisibles ». Exception qu'elles souhaitent cependant encadrer en confiant au pouvoir réglementaire la capacité d'imposer des obligations pour promouvoir la neutralité du Net et en encadrant strictement les obligations de blocage de l'Internet. Mme de la Raudière et Mme Ehrel veulent, de plus, établir une procédure unique faisant intervenir un juge.

A peine une semaine après la présentation de ce rapport à l'Assemblée, mardi 19 avril 2011, la commission européenne rend un rapport sur le sujet. Rapport dans lequel elle réaffirme les impératifs de transparence vis à vis du consommateur, ainsi que la nécessité de conserver un accès à Internet non discriminant. Cependant, elle laisse le champ libre aux Etats membres pour appliquer à leur guise les directives du paquet télécoms. Les points particulièrement polémiques tels que le blocage de contenus ou de services notamment pour un accès mobile ne sont malheureusement pas abordés dans le rapport. La question se pose alors de savoir si ces restrictions rentrent ou non dans le cadre de la neutralité du Net.

De plus, ce document écarte toute mesure immédiate contre les opérateurs télécom qui restreignent en permanence l'accès à Internet des citoyens européens. Neelie Kroes, commissaire européenne en charge de ce rapport, laisse ainsi faire des pratiques anticoncurrentielles qui portent atteinte à la liberté de communication et à l'innovation dans l'environnement numérique.

Bruxelles justifie sa position par la nécessité de vérifier la réalité de certaines pratiques susceptibles d'enfreindre ce principe de neutralité du Net et



annonce une nouvelle enquête, confiée cette fois à l'organe des régulateurs européens des

communications électroniques, dont les conclusions seront rendues en fin d'année.

Sources :

WOITIER (Ch.), « La neutralité du net en débat », *lemonde.fr*, <[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/04/14/la-neutralite-du-net-en-debat\\_1333301\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/04/14/la-neutralite-du-net-en-debat_1333301_651865.html)>, consulté le 11 novembre 2011.

AFP, « Neutralité du net : la définir et l'inscrire dans la loi », *leparisien.fr*, <<http://www.leparisien.fr/flash-actualite-politique/neutralite-du-net-la-definir-et-l-inscrire-dans-la-loi-13-04-2011-1406603.php>>, consulté le 11 novembre 2011.

n° 39

CHRONIQUE – INTERNET

*Sous la direction de Jean Frayssinet*

*Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille*

## LA « TAXE GOOGLE » VOTÉE PAR LE SÉNAT – UNE « MESURE CONTRE-PRODUCTIVE » AUX YEUX DES ANNONCEURS

*Par Boris Barraud*

L'intention semble *a priori* louable, si bien qu'à son égard, on rechigne à se laisser aller à la critique. Pourtant, la « taxe Google » doit bel et bien la susciter, tant elle se révèle maladroite.

La grogne des annonceurs, sévère, ne désemplit pas. Le 23 novembre dernier, le Sénat a adopté un amendement à la loi de finances – déposé par le rapporteur général UMP de la Commission des finances, Philippe Marini – qui vise à instaurer, à compter du 1er janvier 2011, un prélèvement de 1 % « sur l'achat des services de publicité en ligne ». Cette mesure devra être définitivement entérinée en Commission mixte paritaire au cours du mois de décembre. Aussi les acteurs du secteur poussent-ils à l'unisson pour qu'elle ne le soit pas, tant elle s'avère, à leurs yeux, injuste et inefficace.

Cette innovation fiscale emporte une double analyse. D'une part, elle répond à une logique irréfragable. Mais, d'autre part, elle entraîne dans son sillage des réticences soutenues par des arguments non moins implacables.

### Une taxe au principe plébiscité

Les principaux opérateurs de l'Internet que sont Google et autres Yahoo ou Amazon demeurent inaccessibles aux impôts français puisque installés sur le territoire d'États ultra-libéraux tels que l'Irlande ou le Luxembourg. Exploitant l'une des

principales carences de l'Union Européenne – la non harmonisation des fiscalités nationales – ces sociétés échappent, entre autres, à la TVA et Google économiserait ainsi près de 1 milliard de dollars chaque année ; de quoi financer plus d'un « ch'tit » spot publicitaire en *prime time* et à 300 000 euros la minute.

Pour combattre l'impuissance due à ce déficit juridique, le nouveau prélèvement – qui fut préconisé au début de l'année 2010 par le rapport Zelnik – touche les investissements publicitaires directement à leur source ; tandis que, traditionnellement, ces taxes affectent les recettes publicitaires des médias.

La problématique s'avère éminemment économique et Philippe Marini développe : « il s'agit de rétablir la neutralité fiscale du marché publicitaire [...]. Internet constitue le seul segment de marché à n'être pas taxé d'une façon ou d'une autre ». Selon lui, pour « faire prévaloir l'équité entre les différents supports de publicité », atteindre les annonceurs serait la « seule solution ».

En effet, on ne comprendrait pas que, selon les médias empruntés, les régimes fiscaux diffèrent. Dès lors que la publicité à la télévision ou dans les quotidiens est soumise à taxation – cela rapporte 100 millions d'euros par an à l'État -, qu'elle ne le soit pas sur Internet relèverait de l'incohérence. Au

vu de la grave crise traversée par la presse papier, on imagine combien il s'agit d'un enjeu décisif et que cette distorsion de concurrence doit être combattue.

Néanmoins, les critiques émanant des opérateurs du secteur écrasent ces considérations.

### Une taxe au contenu critiqué

Résumant à elle seule l'état d'esprit prévalant au sein des entreprises concernées, il y a cette phrase de Roland Tripard, président du directoire de Seloger.com : « au lieu d'aider le secteur à se développer, on l'assomme avec des taxes ».

Ainsi, d'aucuns estiment que cette mesure, si elle n'atteindra les géants de l'Internet qu'indirectement et surtout marginalement, en revanche elle risque de porter gravement et irrémédiablement préjudice à de petites sociétés nationales souvent faiblardes car aux ressources trop maigres.

L'une des nombreuses idées reçues se répandant au sujet de l'économie de l'immatériel est qu'elle serait constellée de *start-ups* dégageant des bénéfices rapides et faciles. Mais la réalité se révèle toute autre et la plupart d'entre elles peinent à muter le voyant économique du rouge au vert. Les combats font rage dans cet espace. Ils sont impitoyables. Et, parmi les centaines d'entrepreneurs qui se lancent sur ces marchés alléchants, seuls quelques uns triomphent et font fortune. Ce sont des dizaines de déconvenues pour un Rueducommerce.fr.

Gérard Noël, vice-président délégué général de l'Union des annonceurs (UDA), peste contre « cette mesure contre-productive [qui] freine le développement de l'économie numérique en France, un levier de croissance de premier plan ». Puis il ajoute : « ce sont d'abord les PME hexagonales qui en souffriront, toutes ces entreprises qui n'ont pas accès aux grands médias traditionnels et qui misent beaucoup sur une présence publicitaire dans les annuaires ou par le biais de liens sponsorisés ».

Quant à Guillaume Buffet – co-président de l'association Renaissance Numérique qui réunit des chefs d'entreprises du secteur du high-tech – il explique : « on pourrait croire que 1%, ce n'est pas grave, mais ça l'est sur un métier qui génère des marges extrêmement faibles ». Puis, il ne manque pas de stigmatiser les politiques et leur « méconnaissance totale du secteur et de l'importance qu'il occupe dans le futur développement de la France ».

Les moyens doivent répondre aux fins. Or, si mettre à contribution le surpuissant et omniprésent moteur de recherche californien semble relever de la logique même, on peut néanmoins s'interroger quant à la pertinence de la mesure dès lors qu'elle oblige, en contrepartie, à porter indifféremment préjudice à tous les acteurs de la publicité en ligne. La disproportion paraît patente.

Comme souvent dans pareille situation – et *a fortiori* dans le secteur en cause du fait du caractère supranational des communications électroniques et de leur vitesse – la conséquence risque de résider en des délocalisations massives. Ainsi Jérôme de Labriffe, président de l'IAB France – pour Interactive Advertising Bureau, l'association représentant le secteur de la publicité en ligne et qui n'a paradoxalement pas été consultée -, craint-il que, « même avec un montant symbolique, un tel projet entraîne la délocalisation d'une partie des acteurs français de l'Internet, leur activité étant, par nature, très mobile ».

De plus Google ne sera pas imposé et sans doute ne diminuera-t-il pas ses tarifs. Peut-être simplement ses revenus se verront-ils mécaniquement impactés en raison de la disparition de certains des annonceurs qui recouraient à ses services, étouffés.

En résumé, cette nouvelle taxe s'avère légitime d'un point de vue macroéconomique, mais illégitime à l'aune de la microéconomie. Quant à la firme de Mountain View, elle ne saurait être touchée que très indirectement. Son absence de réactivité n'est donc guère surprenante. Parler de « taxe Google » est clairement inapproprié et révèle que le législateur se morfond dans une grise pensée utopique.

Comme à l'accoutumée, la solution ne saurait qu'être communautaire. Confirme cela Pierre Kosciusko-Morizet – PDG de Priceminister.com – lorsqu'il affirme que « l'Union européenne ne joue pas son rôle ». Ainsi, il dénonce « le fait que Google ne paie pas d'impôts en France [et fasse] de l'évasion fiscale à outrance », et conclut : « on crée plusieurs dizaines de millions d'euros d'évasion fiscale [et] au final, on perd de l'argent et on augmente le déficit ». Ce syllogisme conduit à penser que cette mesure risque d'engendrer des conséquences opposées à celles escomptées.

Par ailleurs, afin de réduire le tollé suscité, M. Marini a retiré un second amendement qui portait sur une taxation du commerce électronique à hauteur de 0,5 %. Cette mesure aurait pu rapporter plusieurs centaines de millions d'euros annuels aux caisses de l'État, tout en se révélant quasi-indolore pour les particuliers. En revanche, la taxation des

transactions B2B – *business to business*, soit entre entreprises – ne devrait rapporter que quelques 10 millions d’euros.

On voudrait combler le déséquilibre abyssal du budget et plaire aux agences de notation qu’on ne s’y prendrait pas autrement.

Certes, taxer les annonceurs est « la seule solution ». Mais cela ne signifie pas pour autant que ce soit une bonne solution.

Sources :

KOSCIUSKO-MORZET (P.), « Taxe google : ils n’ont rien compris », *publicsenat.fr*, <<http://www.publicsenat.fr/lcp/politique/taxe-google-gens-qui-ont-ecrit-truc-n-ont-rien-compris-selon-pierre-kosciusko-morizet>>, consulté le 10 novembre 2011.

KARAYAN (R.), « Comment la taxe google va contourner sa cible », *lexpansion.com*, <[http://www.lexpansion.com/high-tech/comment-la-taxe-google-va-contourner-sa-cible\\_242348.html](http://www.lexpansion.com/high-tech/comment-la-taxe-google-va-contourner-sa-cible_242348.html)>, consulté le 10 novembre 2011.

n° 40

**CHRONIQUE – INTERNET**

*Sous la direction de Jean Frayssinet  
Professeur honoraire de l’Université d’Aix-Marseille*

## LE DEVELOPPEUR DE FREEZER CONDAMNE

*Par Mathieu Rastoll*

Le 9 juin 2011, une dépêche AFP titre : « Six mois de prison avec sursis pour avoir mis en ligne un logiciel pirate ». Le logiciel en question est le logiciel « Freezer », dont le nom doit certainement beaucoup au site « Deezer.com ».

« Deezer » est un site d’écoute de musique à la demande. En 2007, « Deezer » est le premier site français à passer un accord avec la SACEM, rendant l’offre d’écoute de musique sur le site légale.

En 2008 un jeune homme, étudiant à l’Ecole polytechnique de Lausanne crée un logiciel permettant d’enregistrer le flux audio diffusé par les plates-formes d’écoutes musicales. A la fin de l’enregistrement, l’utilisateur dispose du morceau écouté au format mp3. Cette prouesse technique va rapidement faire le succès du logiciel.

En 2009, suite à une requête de « Deezer », le site ferme ses portes et le logiciel incriminé n’est plus disponible en téléchargement.

Mais l’histoire ne s’arrête pas là. « Deezer », soutenu par la Sacem (Société des Auteurs, Compositeurs, et Editeurs de musique) et la SSCP (Société Civile des Producteurs Phonographiques) porte plainte contre le jeune développeur devant le

tribunal correctionnel de Metz. Le parquet réclame alors de la prison avec sursis, tandis que les trois plaignants demandent 94 000 euros de dommages et intérêts. Le 9 juin 2011, le tribunal correctionnel de Metz prononce une peine à l’encontre du jeune homme de six mois de prison avec sursis et 15 000 euros de dommages et intérêts à verser aux plaignants.

La décision de justice n’étant pas disponible, il est à ce jour impossible de vérifier les arguments soutenus par les parties, ainsi que de vérifier les fondements de la condamnation. Il est très probable que l’article L335-2-1 du code de la propriété intellectuelle (CPI), instauré par la loi DADVSI du 1er août 2006 soit invoqué. Cet article initialement créé pour lutter contre les éditeurs de logiciels pair à pair pourrait trouver ici une nouvelle application. Selon l’article paru dans l’Est républicain, c’est sur le fondement de ce texte que le créateur du logiciel est poursuivi. C’est-à-dire pour avoir mis à la disposition du public un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d’œuvres ou d’objets protégés. L’imprécision des adverbess « sciemment » et « manifestement » utilisés dans l’article du cpi pose des difficultés d’interprétation laissant entrevoir une possibilité d’appel de la décision rendue par les juges messins.



Toujours selon l'Est républicain, les responsables de « Deezer » estimaient que « Freezer » était illégal puisqu'il court-circuitait les droits d'auteurs payés par le site grâce à ses recettes publicitaires. Cet argument justifiant la demande des plaignants de 94 000 euros de dommages et intérêts.

Selon la dépêche AFP, le jeune étudiant se défend de toute volonté manifestement malveillante. Il affirme : « c'était d'abord un défi personnel. Ensuite, quelques amis m'ont demandé le logiciel. Au final, j'ai créé un site Internet. Mais à aucun moment, je ne me suis caché puisque mon adresse e-mail était indiquée ». La simple création du logiciel ne devrait pas pouvoir être incriminée, puisque le jeune développeur précise dans la foire aux questions

(FAQ) de son site internet, qu'il incombe à l'utilisateur de vérifier que le contenu visé ne soit pas protégé. N'incitant pas à l'utilisation frauduleuse, seul l'utilisateur final du logiciel devrait être responsable des contenus téléchargés. Le logiciel pouvant également servir à enregistrer des fichiers libres de droits, son utilisation peut-être tout à fait licite.

L'absence de décision publiée empêche le développement d'une analyse juridique précise. Mais, la condamnation du développeur d'un logiciel pouvant relevé d'une utilisation licite soulève de nombreuses questions qui pourraient bien conduire le jeune « génie informatique » devant une cour d'appel.

Sources :

JULIEN (L.), « L'auteur d'un enregistreur pour Deezer condamné au pénal », *numerama.com*, <<http://www.numerama.com/magazine/19024-l-auteur-d-un-enregistreur-pour-deezer-condamne-au-penal.html>>, consulté le 11 novembre 2011.

DELEURENCE (G.), « Condamné pour avoir permis de télécharger la musique de Deezer », *01net.com*, <http://www.01net.com/editorial/534317/condamne-pour-avoir-permis-de-telecharger-la-musique-de-deezer/>

n° 41

CHRONIQUE – INTERNET

*Sous la direction de Jean Frayssinet  
Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille*

## LE SERPENT DE MER DU STATUT DES HÉBERGEURS ET DE LEUR RESPONSABILITÉ

*Par Jérémy Ferrarin*

Le statut des hébergeurs est réellement un cas à part, qui depuis les années 2000 et la directive « commerce électronique », fait tourner de l'œil tous les acteurs du web, les internautes, les gouvernements, et les ayants droits. C'est un serpent de mer. On peut tout aussi bien dire que c'est un serpent qui se mord la queue, la lutte du pot de terre contre le pot de fer... les expressions ne manquent pas pour souligner la redondance malsaine de cette question.

Un petit résumé s'impose. La loi LCEN du 21 juin 2004 qui transpose cette directive fixe le régime de responsabilité des contenus en ligne comme il suit. Il reconnaît les éditeurs, les hébergeurs et les fournisseurs d'accès à internet. Les deux derniers sont des prestataires techniques, dont le rôle n'est pas, à l'origine, celui de mettre en ligne des contenus. Les éditeurs sont ceux qui les mettent.

La loi pose le principe que c'est l'éditeur qui est responsable. On est responsable des contenus mis en ligne. C'est la mise en ligne du contenu qui détermine à quelle catégorie on appartient. Les prestataires techniques sont subsidiairement responsables. « L'hébergeur est celui qui fournit, gratuitement ou non, un service permettant la mise en ligne et à la disposition du public un contenu, l'éditeur est celui qui rédige/construit un contenu, et décide de le mettre à disposition du public via les services d'un hébergeur » (citation issue de l'interview de Nicolas Poirier).

Le mécanisme de responsabilité repose sur l'idée que l'éditeur est responsable, donc c'est à lui que l'on doit demander de retirer le contenu illicite. S'il n'est pas identifiable, refuse de répondre ou refuse tout simplement de s'exécuter, alors on pourra demander aux hébergeurs d'agir. Le mécanisme qui suit est celui de la notification. On va signaler le

contenu manifestement illicite, et il devra le retirer dans un prompt délai. Il faut noter qu'il y a un risque considérable avec les notifications abusives : « seul le titulaire de droit a la connaissance de ses droits » disait Nicolas Poirier.

Sans pousser plus loin l'analyse du statut actuel des hébergeurs, il faut bien se rendre compte que le net a évolué. On parle de Web 2.0. En fait il y a une confusion de plus en plus marquée entre les différentes catégories juridiques, les prestataires techniques deviennent de plus en plus éditeurs. Ainsi la frontière devient floue, et incompréhensible. Le deuxième problème de ce web 2.0 est que les abus à la propriété intellectuelle se sont considérablement aggravés avec le temps. Le système de responsabilité ne semble plus en mesure d'assurer la défense du droit d'auteur, ou du moins il ne colle peut être plus avec la réalité technologique. Mais c'est avant tout un choix politique qui s'imposera sur cette question.

Du côté de la jurisprudence on a assisté à des changements fréquents, qui ont provoqué une instabilité juridique. Cela c'est arrangé depuis 2010 avec des décisions comme celle concernant Dailymotion (Cour de Cassation 17 février 2011). En effet, en 2010 un arrêt dit « Tiscali » de la Cour de Cassation du 14 février est venu affirmer que le fait de faire de la publicité rendait les hébergeurs et FAI, non plus des prestataires techniques mais des éditeurs. L'arrêt « Dailymotion » est venu mettre à mal cet arrêt. Mais le comble reste quand même que la loi LCEN précise clairement que le fait de mettre à disposition d'un éditeur un service d'hébergement peut être un service gratuit ou payant. On a même de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne qui vient préciser le statut des hébergeurs et le conforter (arrêt du 23 mars 2010 sur l'affaire Vuitton).

Cependant, la polémique ne s'est pas arrêtée avec ces arrêts, bien au contraire. Deux sénateurs Laurent BÉTEILLE et Richard YUNG ont proposé de créer une troisième catégorie, qui serait hybride entre l'éditeur et le prestataire technique : l'éditeur de service.

Ce tableau résume bien la situation quand aux obligations des différents acteurs du net : le régime nouveau et actuel de la responsabilité sur internet . Le but caché de tout ceci est bien sûr de venir empêcher les atteintes à la propriété littéraire artistique, c'est-à-dire en partie la lutte contre le téléchargement, le détournement des œuvres en ligne... Ce projet totalement incompatible avec le droit communautaire, a finalement été retiré assez rapidement.

Que de cacophonie sur cette question.

A défaut d'alourdir leur responsabilité, il a fallu explorer d'autres pistes. Ces dernières sont pour la plupart liées au blocage de sites en ligne, par le biais de procédures rapides et administratives orchestrées par des décrets... Le serpent de mer n'est jamais loin.

En effet, il existe deux courants de pensées concernant la répression de la mise en ligne de contenus contrefaits : le *Notice and Stay down* (quand un contenu est notifié à un intermédiaire, il ne doit plus réapparaître en ligne) et le *Notice and Take Down* (on notifie une URL, un contenu illicite, on le supprime). La première est beaucoup plus lourde que la seconde. C'est toute la problématique du filtrage et du blocage a priori des contenus. Ce sont des problèmes à n'en plus finir, car il faut une nouvelle fois se poser les mêmes questions : qui va financer ces procédures, comment les mettre en place, quel marquage des œuvres va-t-on adopter, est-ce que tout ceci sera efficace ? ... Tout cela à un coût, et il risque non pas de reposer sur les gros acteurs du net, mais sur les petits. Quand on sait que l'internet a permis de dopper significativement la croissance française, on est moins enclin, en ces temps difficiles, de limiter cette manne céleste. Au-delà de ces questions, le blocage peut porter atteinte à la liberté d'expression, et on a pu apercevoir à quel point elle était cruciale durant les Révolutions de Printemps.

Seulement, il y a une tendance de plus en plus forte de vouloir recourir au blocage des sites. On a pu voir cela avec l'ARJEL pour la lutte contre les sites de jeux d'argent en ligne illégaux, puis avec la LOPPSI pour les sites pédopornographiques. A ce titre, la décision du Conseil Constitutionnel sur la conformité de cette loi est particulièrement révélatrice. Il insiste bien sur le fait que le blocage est possible, mais ne peut se faire par l'administration pour des objectifs liés à la propriété intellectuelle, sans l'intervention du juge. Il faut avoir une lecture combinée de ces décisions n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 sur HADOPI 1 et Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 sur la LOPSI 1 .

La dernière nouveauté est le projet de décret, qui fut présenté au Conseil National du Numérique durant la deuxième quinzaine de juin 2011. Cette fois-ci, l'idée pour instaurer d'autres mesures de blocages fut de passer par l'article 18 de la loi LCEN, article méconnu. En effet, le but de cet article est d'autoriser la restriction du commerce électronique par une autorité administrative dans toute une série d'hypothèses. Or tout ce qui est sur internet est du commerce électronique. L'article 14 de la LCEN nous renseigne en effet qu'« entrent

également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent ».

Ce décret était une véritable usine à blocage, l'arme ultime pour, enfin, tenter de régler internet. Cependant, et dans des délais records, le CNN est venu magistralement condamner ce projet. Rapidement le gouvernement l'a retiré, pour le réétudier. L'affaire est au point mort depuis ce jour. Mais ce n'est pas fini pour autant. Le serpent de mer court toujours. En effet, l'OCDE vient d'ouvrir la voie, ce mercredi 29 juin aux dérives citées ci-

Sources :

REES (M.), « L'éditeur de services, nouveau statut pour surveiller les contenus », *pcinpact.com*, <<http://www.pcinpact.com/affichage/61904-statut-hebergeur-editeur-service-ligne/94699.htm>>, consulté le 11 novembre 2011.

CHAMPEAU (G.), « L'OCDE ouvre la porte au filtrage et à la riposte graduée », *numerama.com*, <<http://www.numerama.com/magazine/19205-l-ocde-ouvre-la-porte-au-filtrage-et-a-la-riposte-graduee.html>>, consulté le 11 novembre 2011.

dessus. Il prône l'autorégulation, c'est-à-dire un filtrage/blocage sans le recours au juge et par l'action des acteurs du net. C'est un encouragement à durcir les législations nationales par le biais de mécanismes tels que la riposte graduée (de plus en plus condamnée d'ailleurs), le filtrage, l'incorporation dans ce système des prestataires techniques, c'est-à-dire le fameux le troisième statut des éditeurs de services par exemple.

Le statut des hébergeurs, véritable serpent de mer qui revient inlassablement à la charge, ne pourra pas se définir dans la paix et la tranquillité compte tenu des enjeux économiques liés à la propriété intellectuelle. C'est réellement deux conceptions qui s'affrontent, et qui au final ne pourront jamais trouver de point de conciliation.

n° 42

CHRONIQUE – INTERNET

*Sous la direction de Jean Frayssinet  
Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille*

## ANNULATION D'UNE CONDAMNATION DE GOOGLE PAR LA COUR DE CASSATION – L'AVENIR DE LA PROTECTION DES MARQUES SUR INTERNET EN QUESTION

*Par Boris Barraud*

L'activité des avocats travaillant pour le malletier de luxe Louis Vuitton connaît depuis dix ans une croissance exponentielle.

Celle-ci s'explique par la prise de pouvoir de l'Internet et de l'e-commerce, lequel ne manque pas à différents niveaux de porter atteinte aux droits et intérêts des fabricants de manteaux en cachemire et autres sacs en peau de crocodile, notamment en participant de la diffusion de produits contrefaits. Aussi, si le groupe LVMH peut se targuer d'avoir fait condamner par le passé plusieurs acteurs du commerce en ligne – le site d'enchères en ligne Ebay notamment – la Cour de Cassation vient de lui

infliger un camouflet patent dans une affaire qui le met aux prises avec Google.

Depuis plusieurs années désormais, il fait grief au moteur de recherche américain de vendre à des annonceurs les noms de ses marques en guise de mots-clés, ce qui constituerait le délit de contrefaçon puisque cela ne se fait sans aucun aval ni *a fortiori* rémunération des titulaires des droits. De plus, le programme *adwords* affiche en conséquence des liens vers des concurrents ou, pire, des sites proposant des produits issus du marché noir. Cela équivaudrait à des actes de concurrence déloyale.

Ce système – *adwords* – permet donc à Google d'obtenir des recettes substantielles en vendant à tous types d'annonceurs des mots-clés ; ces derniers, à hauteur des moyens qu'ils mettent en œuvre, se retrouvant alors associés – dans un espace réservé – aux résultats des recherches effectuées par les internautes. Cependant, dès lors que lesdits mots-clés correspondent à des marques sur lesquelles Google ne possède nul droit de propriété intellectuelle, se pose la question de la légalité d'un tel référencement.

Le 28 juin 2006, la Cour d'Appel de Paris donna raison au *malletier* en condamnant le moteur de recherche pour publicité mensongère, contrefaçon de marque et concurrence déloyale. Elle expliquait ainsi que, les annonces étant présentées sous l'intitulé « liens commerciaux », était créée une réelle confusion dans l'esprit du public, tandis que n'avait jamais été recherché quels pouvaient être les droits des tiers sur les liens employés.

En outre, la firme de *Mountain View* se vit également condamnée dans des circonstances similaires et pour ces motifs lors de procès l'opposant aux sociétés *Viaticum*, *Luteciel* et *CNRRH*. La jurisprudence semblait donc se fixer.

Mais, après que pourvoi en cassation ait été formé, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) – statuant sur plusieurs questions préjudicielles émanant de la Cour de cassation – précisa sa position au sujet de ces enjeux le 23 mars 2010, permettant ainsi à cette dernière de se prononcer. Et c'est un affront patent que cette dernière inflige aux juges de second degré dans un arrêt rendu le 13 juillet dernier. En effet, elle ne retient pas moins de quatre moyens de cassation, annulant l'arrêt d'appel dans sa globalité.

On peut s'étonner de l'attitude de la haute Cour face à une motivation qui semblait convenablement ficelée ; d'autant qu'elle s'était jusqu'à présent montrée plutôt véhémement envers les multinationales - *a fortiori* si américaines – et conciliante à l'égard des sociétés françaises.

En réalité, elle ne pouvait guère opter pour un choix différent, pressée qu'elle était par la position de la CJUE. Celle-ci, en effet, démontrait en substance que si « le prestataire du service de référencement opère dans la vie des affaires lorsqu'il permet aux annonceurs de sélectionner des signes identiques à des marques en tant que mots clés, stocke ces signes et affiche les annonces de ses clients à partir de ceux-ci, il n'en découle pas pour autant que ce prestataire fasse lui-même un usage de ces signes » au sens des textes faisant foi au niveau unioniste, soit la directive communautaire du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des

services de la société de l'information dans le marché intérieur – en particulier le commerce électronique – ainsi que le règlement du 20 décembre 1993.

En premier lieu, les juges du droit estiment que la Cour d'Appel ne s'est pas expliquée de façon suffisante et satisfaisante – c'est-à-dire qu'il manquait de base légale – quant à la question de la compétence des juridictions françaises. Il est vrai que cette dernière s'était contentée d'affirmer qu'est « peu importante la langue dans laquelle les sites sont rédigés dès lors qu'ils reproduisent les produits argués de contrefaçon revêtus des marques en cause ». On le comprend, bien que le principe même de l'Internet soit de permettre l'accès aux sites du monde entier depuis le territoire national, dès lors que l'un d'eux ne prend pas la peine de proposer une version francophone, cela témoigne davantage d'une certaine indifférence que d'une volonté particulière de s'adresser au public français. Puis, la censure est justifiée par le fait que, comme l'exprime la CJUE, le service de référencement ne pouvait être tenu responsable étant donné le fait qu'il « n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées ». Pourtant, l'argumentation de la Cour d'Appel ne semblait pas attaquable tant il ressort du dossier et cela ne semble pas contestable que la société Google « ne se borne pas à stocker des informations publicitaires qui seraient fournies par des annonceurs mais elle déploie une activité de régie publicitaire, d'abord, en organisant la rédaction des annonces, en décidant de leur présentation et de leur emplacement, ensuite, en mettant à la disposition des annonceurs des outils informatiques destinés à modifier la rédaction de ces annonces ou la sélection des mots clés qui permettront de faire apparaître ces annonces lors de l'interrogation du moteur de recherche et, enfin, en incitant les annonceurs à augmenter la redevance publicitaire « coût par clic maximum » pour améliorer la position de l'annonce ». On imagine ici que les juges de la haute Cour n'ont pu que se soumettre à la volonté de la Cour de Justice tant leur démonstration paraît délicate ; d'autant plus qu'il s'agit d'une question qui aurait dû en toute logique, relever du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

En troisième lieu, toujours en s'appuyant sur la réponse européenne, les hauts magistrats contrent la condamnation pour contrefaçon de marques en avançant que « le prestataire d'un service de référencement sur Internet qui stocke en tant que mot clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de ce signe ». On peut à nouveau se montrer dubitatif quant à l'interprétation

des faits qui est effectuée puisque le système *adwords* non seulement emploie des noms protégés, mais également les copie, les imite et les utilise en vue de renvoyer les internautes en direction de sites dédiés expressément à la revente de produits contrefaits. Ces diverses actions sont difficilement résumables à une simple opération de stockage.

Enfin, à propos de la question de la publicité trompeuse, la Cour rétorque que les juges du fond n'ont pas suffisamment justifié l'application de cette qualification alors qu'ils arguaient que la mention « liens commerciaux » est « trompeuse en elle-même, dès lors qu'elle laisse entendre que le site [...] entretient des rapports commerciaux avec ceux qui apparaissent sous cette rubrique de sorte que, en l'espèce, le site de la société Louis Vuitton Malletier apparaît être [...] en relation commerciale avec les sites litigieux dont le caractère publicitaire n'est pas contestable », ce qui laisse penser qu'ils proposent des produits authentiques.

Lors du retour en appel, Louis Vuitton s'arque boutera sans doute à un mince espoir : que soit démontré que le moteur de recherche, alors qu'il avait connaissance de l'activité illicite de certains annonceurs, n'a pas agi suffisamment promptement pour bloquer l'affichage des publicités. Le cas échéant, pourrait tomber une nouvelle condamnation, soutenue par des motifs différents.

On conçoit cependant aisément, au vu de la teneur de cet arrêt, que Google crie victoire avant même que l'affaire ne soit rejugée – ce qui devrait

être le cas au cours du printemps 2011 – et parle d'un « verdict sans équivoque ». Aussi la firme américaine vient-elle, le 14 septembre, de libéraliser totalement l'achat des noms de marques sur sa plateforme *adwords* ; cela au grand drame des ayants droit qui s'attendent à des lendemains difficiles face à des sites de commerce en ligne en tous genres, souvent contrôlés par des sociétés *offshore* et parfois sans scrupule aucun à l'égard des titulaires de la propriété intellectuelle.

Trivialement, cette libéralisation signifie que, lorsque sera entré le nom d'une enseigne dans la barre de recherches, apparaîtront des résultats en lien direct avec ses principaux concurrents. On comprend que le bât puisse ici blesser.

Ce seront ces entreprises qu'il s'agira désormais de traduire en justice pour les avocats de Louis Vuitton. En effet, la Cour européenne, faisant dans la demi-mesure, précise néanmoins dans son arrêt du 23 mars que la contrefaçon est constituée « lorsque la publicité ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute moyen de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers ». L'enjeu sera donc de surveiller directement les publicités, comme sur les réseaux sociaux, ce qui n'est pas une mince affaire. Jean de La Fontaine, avec une prégnance absolue, le pressentit dès le XVII<sup>e</sup> siècle : qu'il s'agisse du loup ou de Google, « la raison du plus fort est toujours la meilleure ».

Sources :

JEROME (G.), « Affaire adwords : LVMH crie victoire, Google aussi », *generation-nt.com*, <<http://www.generation-nt.com/google-adwords-louis-vuitton-actualite-1051801.html>>, consulté le 10 novembre 2011.

DEVILLARD (A.), « Adwords : la Cour de cassation annule une condamnation de google », *01net.com*, <<http://www.01net.com/editorial/519197/adwords-la-cour-de-cassation-annule-une-condamnation-de-google/>>, consulté le 10 novembre 2011.



## LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EST-ELLE MENACÉE ? LE CAS « ERIC ZEMMOUR »

Par Chanèle Leclair

Le droit à la liberté d'expression est-il menacé dans les médias ? C'est en effet la question que l'on se pose avec l'arrivée du nouveau « scandale » créé par Eric Zemmour au sujet de propos tenus lors d'une émission.

Ce dernier est accusé d'avoir tenu des propos « racistes » et « discriminatoires » pendant l'émission *Salut les terriens* de Thierry Ardisson le 6 mars 2010 sur Canal + lors d'un débat sur l'immigration. Eric Zemmour avait dit que « *Les Français issus de l'immigration sont plus contrôlés que les autres parce que la plupart des trafiquants sont noirs et arabes. C'est un fait.* »

Ce dernier réitère des propos controversés quelques temps après dans l'émission *Hebdo*. C'est alors que la LICRA (Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme) suivie de plusieurs associations (SOS racisme, UEFJ...) réagissent suite à cela et font savoir leurs intentions de porter plainte pour ces propos tenus et précise qu'elle compte saisir le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Peut-on « tout » dire à la télévision ? Jusqu'où peut-on aller dans la liberté d'expression sans que celle-ci ne semble entraver voire bafouer ? Il semble difficile de déterminer les contours de cette importante liberté définie à l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'homme comme « *la possibilité d'exprimer librement ses opinions sans en être inquiété par autrui (...)* ». Cette liberté est une liberté fondamentale. L'antithèse de cette liberté étant la censure, pouvons-nous considérer qu'Eric Zemmour est allé trop loin ? Il semble que pour le CSA, oui car Canal + aurait reçu une mise en demeure suite aux propos de Zemmour. Pour Canal +, la chaîne fait entendre qu'elle « *n'approuve*

*pas les propos tenus par Zemmour (...) mais que cependant la télévision est un lieu de débat où doivent pouvoir s'exprimer des opinions y compris celles qu'on ne partage pas. Nous ne pouvons imaginer que le CSA demande désormais aux chaînes d'étouffer la liberté d'expression sur nos antennes* ».

Le CSA reproche à la chaîne Canal + de ne pas avoir tenu son rôle d'éditeur et de ne pas avoir censuré cette séquence. Cependant, même si les propos tenus par Zemmour restent choquant, la liberté d'expression demeure une liberté fondamentale dans une démocratie.

Cette histoire a pris des proportions démesurées car les autres employeurs de Zemmour ont été montré du doigt comme *le Figaro*, *RTL*, *France 2*. Suite à cette polémique, M. Zemmour s'est excusé pour les propos qu'il a tenu en envoyant une lettre aux dirigeants de la LICRA qui avait entre autres signalé les propos du journaliste au CSA. Il précise que « *sa volonté n'a jamais été de stigmatiser les Noirs et les Arabes comme des délinquants. Mais si cette phrase sortie de son contexte a pu heurter, je le regrette* ».

Ces affaires contre M. Zemmour risquent de lui coûter son licenciement du *Figaro*, toutefois cette affaire est embarrassante pour le journal, en effet Eric Zemmour représente un « symbole » pour la liberté d'expression et de plus, ces propos n'ont pas été tenus dans ce journal. Si le journal venait à le virer, ce dernier court le risque de pointer du doigt, M. Zemmour comme le martyr de la liberté d'expression et *le Figaro*, « *le bourreau de ce principe fondateur* ».

Sources :

VILLEROY (S.), « Eric Zemmour devant la justice pour propos racistes », *francesoir.fr*, <<http://www.francesoir.fr/eric-zemmour-devant-justice-pour-propos-racistes-63567.html>>, consulté le 11 novembre 2011.

SAULNIER (J.), « Ardisson attaque Zemmour en diffamation », *l'express.fr*, <[http://www.l'express.fr/actualite/societe/ardisson-attaque-zemmour-en-diffamation\\_857860.html](http://www.l'express.fr/actualite/societe/ardisson-attaque-zemmour-en-diffamation_857860.html)>, consulté le 11 novembre 2011.

VICUNA (M.), « Eric Zemmour : mes propos sont brutaux, mais la réalité est brutale », *liberation.fr*, <<http://www.liberation.fr/societe/01012313035-eric-zemmour-mes-propos-sont-brutaux-mais-la-realite-est-brutale>>, consulté le 11 novembre 2011.

n° 44

## CHRONIQUE – TÉLÉVISION

*Sous la direction de Hervé Isar  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

### LE CSA INTERDIT AUX CHAÎNES DE TÉLÉVISION DE CITER LEUR PAGE FACEBOOK OU TWITTER

*Par Cora Santolini*

L'article 9 du décret du 27 mars 1992 dispose que : « (...) constitue une publicité clandestine la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services dans des programmes, lorsque cette présentation est faite dans un but publicitaire. » Bien que cela ait pu en surprendre certains, c'est à l'appui de ce dispositif que le conseil supérieur de l'audiovisuel a considéré qu'il fallait interdire aux chaînes de télévision et de radio le fait de diriger leurs téléspectateurs et auditeurs vers les pages Facebook ou Twitter en lien avec leurs émissions.

En effet, depuis le 28 mai 2011, on peut lire sur le site du CSA qu'après que le Conseil a été saisi par une chaîne de télévision de la conformité à la réglementation en matière de publicité des renvois aux pages consacrées à ses émissions sur des sites de réseaux sociaux. « Il considère que le renvoi des téléspectateurs ou des auditeurs à la page de l'émission sur les réseaux sociaux sans les citer présente un caractère informatif, alors que le renvoi vers ces pages en nommant les réseaux sociaux concernés revêt un caractère publicitaire qui contrevient aux dispositions de l'article 9 du décret du 27 mars 1992 prohibant la publicité clandestine. » Le sujet avait été évoqué lors de l'assemblée plénière du 12 avril 2011 qui avait pour ordre du jour « le renvoi des téléspectateurs vers les pages de réseaux sociaux ». Cette pratique, s'était fortement développée ces derniers temps à la télévision et à la radio et il était devenu fréquent

d'entendre « Retrouvez nous sur la page Facebook de l'émission » ou encore « Venez nous retrouver sur Twitter ». Désormais ces phrases seront interdites.

Cependant, le CSA précise que le renvoi des téléspectateurs et auditeurs vers une page correspondant à l'émission sur les réseaux sociaux sans la citer revêt un caractère informatif et n'est donc pas condamnable. Il appartient donc aux chaînes de télévision et de radio de faire preuve d'imagination pour pouvoir suggérer aux téléspectateurs de visiter leurs pages Facebook et Twitter sans évoquer leur nom. Nul doute que ces dernières trouveront le moyen de diriger les auditeurs vers ces pages sans même les citer.

Cette décision est intéressante car elle témoigne de la volonté du CSA de montrer que Facebook et Twitter ne sont pas des institutions et que les médias ne doivent pas oublier qu'il s'agit avant tout d'une marque et que les citer constamment s'apparente à de la publicité déguisée. Certains voient dans cette décision une vision archaïque et réactionnaire du CSA. Par ailleurs, le texte instaure une obligation d'identification du message publicitaire pour éviter la confusion avec un message d'information ; la promotion d'un produit ou d'un service ne doit pas se faire hors des écrans publicitaires. Le but est donc aussi de protéger le consommateur pour qu'il ne soit pas induit en erreur (article L121-1 et suivant du code de la consommation).

## CONDAMNATION DE FRANCE 2 PAR LE CSA : L'ENFANT N'ÉTAIT PAS MORT, LA DÉONTOLOGIE L'ÉTAIT

*Par Boris Barraud*

Rien ne sert de courir, il faut partir à point.

Le CSA vient de rappeler la prégnance de la célèbre morale de La Fontaine à la rédaction de France 2 et, plus généralement, à la caste des journalistes ; ces petits lièvres si pressés que, pour quelques scoops exotiques, ils en oublient parfois la règle première du travail journalistique : s'assurer de l'exactitude de ses sources.

L'exclusivité ne possède nulle valeur lorsqu'elle réside en un mensonge.

### Avril en octobre

À l'occasion du journal télévisé de 13 heures du 1er octobre 2009, France 2 consacra un reportage au débat riche et enflammé de la récidive criminelle. Afin d'éveiller un sentiment de révolte dans l'esprit des téléspectateurs, la chaîne illustra son propos par l'évocation du meurtre sordide et froid – par le malheureusement célèbre pédophile multirécidiviste Patrice Évrard – d'un jeune enfant. Nommément désigné, son visage apparaissait une première fois en gros plan, puis une seconde fois en très gros plan, sans jamais être flouté. L'intention semblait donc évidente : justifier le besoin de lois répressives plus strictes en inspirant au téléspectateur, à la vue de cette frimousse innocente, un glaçant sentiment d'injustice.

Seulement, tout était faux.

Si l'enfant avait bel et bien été enlevé, il avait heureusement bénéficié de la « clémence » de son agresseur et de l'abnégation des policiers qui n'avaient désespéré de le retrouver. En outre, les faits dataient du début de l'année 2007 et non de 2008 comme le précisait pourtant le commentaire. Enfin, était expliqué que ce fait divers avait inspiré au Président de la République la loi du 25 février 2008 sur la rétention de sûreté. On voit mal comment cela eut pu être le cas puisqu'il n'existait pas. En réalité, c'est davantage le meurtre de Anne-Lorraine Schmitt en novembre 2007 – par un délinquant sexuel antérieurement condamné pour des faits effroyablement similaires et dont le procès

vient de se tenir à Pontoise – qui a inspiré cet ovni du droit pénal.

Cette foulditude d'erreurs – si bien que rien dans le reportage n'était en définitive exact – apparaît d'autant plus incroyable qu'il ne s'agissait pas d'informations brutes et révélées dans le feu d'une actualité bouillonnante, mais plutôt de la mise en perspective d'un débat de société avec des événements relativement anciens. Chercher la confirmation de la véracité de ces dires s'apparentait donc à une tâche relativement aisée.

### Un évènement historique : la première condamnation pécuniaire prononcée par le CSA

En conséquence, le CSA a décidé – ce jeudi 9 décembre 2010 – de condamner la chaîne à une amende de 100 000 euros sur le fondement du « manquement à la déontologie de l'information ».

Il n'est pas ici question de discuter le pouvoir de sanction conféré par la loi au CSA, bien que certains arguments puissent nourrir cette discussion, notamment lorsque le Conseil Constitutionnel refuse que soit accordé une telle force à la HADOPI qui pourtant est également une autorité administrative indépendante (la nuance réside en réalité dans les publics concernés).

Néanmoins, son intervention interpelle sur plusieurs points.

Tout d'abord, la lenteur du travail du CSA surprend. Il aura fallu veiller durant plus d'une année avant que la condamnation ne soit décidée, le collège des conseillers s'étant saisi de la question dès décembre 2009. Emmanuel Berretta, de l'hebdomadaire *Le Point*, imagine que le Président Jacques Boyon souhaitait attendre que le mandat de Patrick de Carolis soit achevé afin de ne pas perturber sa sortie et rendre encore plus compliqué que ce qu'il n'était déjà le processus de nomination du nouveau Président de France Télévisions. Il est vrai que la situation semblait s'envenimer, notamment en raison des relations peu amicales

entretenues entre Rachid Arhab, conseiller en charge des questions de déontologie, et Patrice Duhamel, le numéro 2 du groupe.

Eu égard au fait qu'il n'y ait eu besoin de solliciter ni une quelconque instruction des faits, ni une quelconque consultation, il n'en demeure pas moins que la durée de la procédure paraît disproportionnée.

Un autre élément notable est la diligence avec laquelle le journaliste d'origine kabyle a traité la question alors qu'il demeure, à l'instar de sa consœur Françoise Laborde, sous contrat avec France 2. La question de l'indépendance des autorités administratives et de leurs membres est souvent au cœur des problématiques à elles liées et, en adoptant une telle posture, il prouve qu'une totale sérénité l'épaulé dans l'accomplissement de sa mission, le poussant peut-être même en direction de l'excès de zèle.

Cette lourde sanction marque enfin le fait que le CSA entend désormais endosser à plein temps son habit de gendarme des contenus. Alors qu'il a longtemps été à juste titre moqué pour son laxisme et ses réticences à usiter de ses pouvoirs, il semble aujourd'hui ne plus hésiter à intervenir à l'encontre des chaînes qui diffusent des programmes « koh-lantaïsés » dans lesquels il est offert au téléspectateur, par exemple, de regarder une jeune femme obligée par la production à vivre durant 24 heures tel Cador, c'est-à-dire en se comportant en canidé, en totale méconnaissance du droit au respect de la dignité humaine.

Pour la première fois en 30 ans d'existence, la haute autorité de régulation des contenus audiovisuels vient de prononcer une sanction pécuniaire. Qui plus est, son montant se révèle non négligeable et impactera durablement la situation financière de la chaîne.

Ce jeudi 9 décembre 2010 entre donc avec fracas dans l'histoire de la télévision et du journalisme français.

### **La déontologie des journalistes en question**

Avant de refermer l'édition de ce fameux 1er octobre 2009, la présentatrice Sophie Le Saint s'était fendu d'un plat et robotique « nous vous avons parlé au début de ce journal de la polémique concernant les récidivistes, nous évoquions le petit Enis, il n'a pas été tué contrairement à ce qui a été dit. Voilà, nous refermons ce journal, je vous souhaite un bel après-midi et tout de suite ce sera la météo ». L'on aurait pu attendre de la part d'une journaliste professionnelle digne de ce nom que

quelques mots d'excuse et de confusion joignent et confortent ce rectificatif, mais ils ne vinrent jamais. Peut-être n'y a-t-il rien de plus banal à son sens que l'annonce du décès d'un enfant, surtout si il n'en est rien. C'est en tout cas l'impression donnée.

Ainsi, quand la chaîne de l'audiovisuel public se défend en avançant que « les téléspectateurs de ce journal télévisé avaient été immédiatement sensibilisés par le rectificatif », l'on doute cependant qu'ils aient réellement été en mesure de prendre la mesure de l'incident étant donné le ton détaché et monotone employé par la présentatrice. Combien de personnes s'éloignent de l'écran ou migrent vers un autre canal au crépuscule du programme ?

Et lorsque la présidence du groupe France Télévisions affirme que « la préoccupation permanente de l'équipe est de vérifier ses sources et, entre autres, d'assurer la protection de l'enfance », l'on aimerait qu'il ne s'agisse pas d'une simple pétition de principe. Mais cet espoir ne voit poindre aucune certitude.

Aussi cette maladresse doit-elle achever d'emporter la conviction que l'absence de déontologie des journalistes – ou son respect disparaté diront certains – est une des raisons profondes et des erreurs historiques qui ont mené, en France, à la crise de la profession (voir nos articles sur le sujet : la une de Marianne et le soutien des pouvoirs publics). On le sait désormais, il n'y aurait pas trois quotidiens « gratuits » – c'est à dire épurés, dépourvus d'expertise journalistique – parmi les quatre plus lus de France si une plus value en terme de qualité existait chez les « payants ».

Certes, sans doute une autre explication peut-elle être avancée et, par souci d'honnêteté, l'on doit l'évoquer : le public des lecteurs a sensiblement évolué et, dorénavant, il préfère survoler quelques courtes dépêches d'agence quand les contemporains d'Albert Camus épluchaient avec soin et délice ses chroniques.

Le 5 janvier 2009, alors que les bombardements israélites sur Gaza étaient le cœur noirci de l'actualité, le journal de 13 heures de France 2 avait présenté des images « chocs » de victimes palestiniennes. En réalité, cette vidéo avait été reprise d'archives datant de 2005 et le CSA avait alors mis en demeure la chaîne de faire montre de plus de conscience professionnelle, invoquant le « manquement à l'honnêteté de l'information ».

Malheureusement, l'on subodore qu'il ne s'agit là que de la partie immergée de l'iceberg des fraudes à l'information. En effet, ce n'est pas à une autorité administrative d'effectuer le travail des rédactions et de rechercher la fiabilité des messages

journalistiques. Ce sont des dizaines de faussaires en liberté pour un derrière les barreaux.

Sur le ton de l'ironie, l'on retiendra encore deux choses.

Premièrement, réside en cette décision du CSA un moyen tout à fait novateur de soutenir la production cinématographique et audiovisuelle nationale et européenne puisque l'amende sera reversée par France 2 au sein du compte de soutien entretenu par le CNCIA. Est donc confirmé que la France est un des pays au monde parmi les plus actifs en matière de protection de l'économie du septième art

et que les chaînes comptent bien au nombre des premiers contributeurs au financement des œuvres. Secondement, à l'aune du fait que le CSA a été saisi en 2009 de plus du double de dossiers portant sur la question de la déontologie des journalistes qu'en 2008, l'on peut craindre que, avec un policier de l'information aux aguets et intransigeant, la suppression de la publicité en journée sur les chaînes publiques – qui vient pourtant d'être votée par la commission mixte paritaire – devienne définitivement impossible à légitimer financièrement.

« Un tiens vaut mieux que deux tu l'auras » aurait soupiré La Fontaine.

Source :

GONZALES (P.), « France 2 gravement sanctionnée par le CSA », *lefigaro.fr*, <<http://www.lefigaro.fr/medias/2010/12/09/04002-20101209ARTFIG00759-france-2-gravement-sanctionnee-par-le-csa.php>>, consulté le 10 novembre 2011.

n° 46

**CHRONIQUE – TÉLÉVISION**

*Sous la direction de Hervé Isar  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

## **LA COUR D'APPEL DE PARIS DEBOUTE LE GROUPE M6 DANS SES POURSUITES CONTRE TV-REPLAY.FR**

*Par Thomas Frinchaboy*

Le 27 avril 2011, la cour d'appel de Paris rend son jugement dans l'affaire qui oppose le groupe M6 au site tv-replay.fr. L'affaire commence lorsque le groupe M6 qui se compose de plusieurs plaignants, la société Métropole télévision qui exploite la chaîne de télévision M6, la société EDI-TV et la société M6 web, décide d'attaquer en justice le site de télévision de rattrapage tv-replay.fr – anciennement totalvod.com – exploité par la société SBDS.

Tv-replay.fr est un site qui fonctionne comme un portail de services de télévision de rattrapage, il renvoie vers des contenus de rattrapage proposés par différentes chaînes et disponible via Internet. Avant la procédure contentieuse, M6 avait un accord commercial avec ledit site dans le cadre d'une régie publicitaire. Cependant lorsque M6 découvre que tv-replay.fr renvoie directement sur les contenus de M6replay et non pas sur la page d'accueil de ce site de catch-up tv, la chaîne met un terme à leur relation contractuelle. En effet, M6 estime subir un préjudice économique car avec un

tel système les internautes ne sont pas exposés aux publicités contenues sur la page d'accueil du site.

S'en suit un combat juridique entre le Groupe M6 et la société SBDS, qui d'un côté attaque pour parasitisme économique et de l'autre attaque pour dénigrement et rupture abusive de contrat.

En première instance, après une mise en demeure restée infructueuse, le groupe M6 invoque plusieurs atteintes et violations à ses droits pour poursuivre le site internet. Ainsi, c'est par acte du 26 février 2010 que le groupe M6 assigne la société SBDS pour violation des conditions générales d'utilisation des services M6Replay et W9Replay, atteinte portée à leur droit d'exploitation, atteintes aux droits du producteur d'une base de données, contrefaçon de marques, concurrence déloyale et parasitisme.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris (TGI) va rejeter l'intégralité des demandes du groupe M6 et



va reconnaître les actes de dénigrement à l'égard de la société SBDS. Le groupe M6 va donc devoir payer 30 000€ en réparation du préjudice.

La deuxième manche se dispute lorsque le groupe, qui entend bien obtenir gain de cause, saisit la cour d'appel de Paris. Les mêmes moyens sont repris, cependant dans l'arrêt du 27 avril 2011 la cour d'appel va rejeter un à un les arguments avancés par les demandeurs. Tantôt parce que tv-replay.fr ne se sont pas comportés comme des utilisateurs de service M6replay ou W9replay. Tantôt parce que

les preuves des différentes atteintes aux droits des demandeurs ne sont pas apportées. La cour va donc confirmer le jugement fait par le TGI et va condamner M6 à payer 15 000€ de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par les circonstances de la rupture.

Cet arrêt met un terme à la joute judiciaire entre le groupe M6 et la société SBDS. Dans cette affaire, le groupe M6 n'a pu obtenir la cessation de ce modèle alternatif de catch-up tv.

Sources :

DEVILLARD (A.), « M6 perd sa bataille judiciaire contre TV-Replay.fr », *01net.com*, <<http://www.01net.com/editorial/517136/m6-perd-sa-bataille-judiciaire-contre-tv-replay-fr-maj/>>, consulté le 11 novembre 2011.

JEROME (G.), « Catch-up TV : TV replay gagne contre M6 », *generation-nt.com*, <<http://www.generation-nt.com/tv-replay-m6-television-rattrapage-actualite-1197891.html>>, consulté le 11 novembre 2011.

n° 47

CHRONIQUE – TÉLÉVISION

*Sous la direction de Hervé Isar  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

## MARINE LE PEN ENVISAGE DE SAISIR LE CSA APRÈS LA DIFFUSION D'UN REPORTAGE TOURNÉ EN CAMÉRA CACHÉE.

*Par Pauline Dalman*

Le magazine « Complément d'enquête » diffusé le lundi 9 mai sur France 2 a déclenché la colère de Marine Le Pen, actuelle Présidente du Front National.

Le reportage mis en cause était consacré aux coulisses du Front National. Un journaliste s'était fait passer pour un militant du parti et avait tourné son sujet en caméra cachée. Cette méthode n'a visiblement pas plu à Marine Le Pen et à son avocat. Le journaliste intéressé, Benois Duquesne, s'est défendu en affirmant que cette technique permettrait d'obtenir des « paroles vraies, sans faux-semblant, sans à priori ».

Walleran de Saint-Just, l'avocat de Marine Le Pen a annoncé l'intention du Front National d'adresser un courrier de protestation auprès du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA). Selon lui, « le journaliste de France 2 a utilisé une fausse qualité, c'est la définition même de l'escroquerie. »

L'utilisation des caméras cachées pour illustrer des reportages avait déjà fait polémique. Le CSA était intervenu auprès de France 2 à la suite de la

diffusion, le 5 novembre 2008, dans l'émission « Les Infiltrés », d'un reportage filmé en caméra cachée dans lequel un journaliste, recruté en qualité d'agent de surveillance sans contrat de travail, recevait pour mission de garder une installation présentée à tort comme une centrale EDF.

Le CSA avait alors pris une position de principe sur les enquêtes menées avec l'aide de cette technique d'investigation en introduisant une clause-type dans les conventions signées avec les chaînes de la télévision numérique terrestre. « Le recours au procédé permettant de recueillir des images et des sons à l'insu des personnes filmées ou enregistrées doit être limité aux nécessités de l'information du public. Il doit être restreint aux cas où il permet d'obtenir des informations difficiles à recueillir autrement. » Le CSA autorise donc ce procédé d'enquête quand il est, pour les journalistes, le seul moyen d'obtenir la vérité sur un sujet. Les personnes filmées ne doivent pas être identifiables.

Le CSA apporte ainsi une dérogation à un principe général inscrit dans la charte de la profession de

journaliste selon lequel un journaliste s'interdit d'user de méthodes déloyales pour obtenir des informations, des photographies et des documents.

Il faut rappeler que la liberté d'expression n'est pas absolue et que le CSA doit garantir les principes de rigueur et d'honnêteté dans la relation de l'information.

Source :

BELLVER (J.), « Marine Le Pen saisit le CSA après un reportage sur le FN diffusé sur France 2 », *legalnewsnotaires.com*, <[http://www.legalnewsnotaires.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=201140&catid=941:non-categorise&Itemid=119](http://www.legalnewsnotaires.com/index.php?option=com_content&view=article&id=201140&catid=941:non-categorise&Itemid=119)>, consulté le 11 novembre 2011.

n° 48

CHRONIQUE – RADIO

*Sous la direction de Guy Drouot  
Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix en Provence*

## RADIO FRANCE CONDAMNEE POUR LE LICENCIEMENT DE STEPHANE GUILLON

*Par Lucile Mahé Des Portes*

Radio France a été condamnée par le conseil des Prud'homme de Paris pour avoir licencié « sans cause réelle ni sérieuse » l'ancien animateur de la matinale de France Inter.

Le 28 janvier dernier, les juges des Prud'hommes ont requalifié le contrat à durée déterminée (C.D.D) qu'avait contracté l'humoriste en 2003 en un contrat à durée indéterminée (C.D.I) et ont condamné de ce fait Radio France à lui verser une indemnité de licenciement.

L'humoriste intervenait trois fois par semaine sur France Inter à 7h55. Il était connu pour ces chroniques acerbes, notamment celles sur Dominique Strauss Khan en 2009 et Eric Besson en mars 2010 qu'il qualifiait de « taupe ». Elles avaient alors suscité de vives réactions.

Guillon avait appris son départ à la suite d'un entretien qu'avait donné Jean Luc Hees, le président de France Télévisions, au quotidien *Le Monde*. Ce dernier avait invoqué « le changement de ligne éditoriale » de France Inter pour justifier le départ du chroniqueur le 23 juin 2010.

Selon plusieurs journaux, il s'avérait en fait que ses chroniques sur le monde politique et sur les dirigeants de la radio avait fortement déplu « l'humour ne doit pas être confisqué par de petits tyran » a commenté ce dernier avant d'ajouter « Si

*l'humour se résume à l'insulte, je ne peux le tolérer pour les autres mais aussi pour moi. Quel patron d'une grande entreprise accepterait de se faire insulter par un de ses salariés sans le sanctionner ? J'ai un certain sens de l'honneur ; je ne peux accepter que l'on me crache dessus en direct » [1].*

D'après le site du journal *Le Monde*, Radio France a été condamnée à verser une indemnité de 212.011,55 euro au chroniqueur. Ces contrats depuis avril 2003 ayant été requalifiés en C.D.I l'humoriste obtient donc 150000 euros pour licenciement injustifié. Les juges lui ont également attribué 41 981,70 euros d'indemnités de licenciement dont 11 581,16 euros pour le préavis de licenciement, 5 790,58 euros d'indemnités de requalification, 1 158,11 euros pour les congés payés et 1 500 euros pour ses frais de justice selon le journal. [2]

Il est important de relever le montant de l'indemnité que les conseillers ont estimé ainsi que la rapidité de la procédure. En effet, le Conseil a été saisi le 15 septembre, il a tenu audience et a rendu sa décision le 28 janvier, soit quatre mois de délais.

Selon Radio France, Stéphane Guillon réclamait bien plus évaluant ses pertes à 900euros par soirée de gala manquée, Jean-Luc Hees aurait refusé de

payer, l'humoriste aurait alors saisi les Prud'homme.

«*En tant que salarié foutu dehors, je suis ravi de cette décision judiciaire. En tant que contribuable, je suis scandalisé qu'une société d'état ait préféré perdre autant d'argent et d'auditeurs pour faire taire*

*un humoriste* » a commenté Stéphane Guillon dans un communiqué à l'Agence France Presse.[3]

La décision en faveur de l'humoriste ouvre la voie à Didier Porte, l'autre chroniqueur licencié également à l'époque, engagé lui aussi dans une procédure contre Radio France.

Sources :

[1] CHASTAND (J.-B.), « Radio France condamnée pour le licenciement de Stéphane Guillon », *lemonde.fr*, <[http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2011/01/28/radio-france-condamnee-pour-le-licenciement-de-stephane-guillon\\_1471734\\_3236.html](http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2011/01/28/radio-france-condamnee-pour-le-licenciement-de-stephane-guillon_1471734_3236.html)>, consulté le 11 novembre 2011.

[2] *ibid.*

[3] BERRETTA (E.), « Radio France condamnée pour le licenciement abusif de Stéphane Guillon », *lepoint.fr*, <[http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/radio-france-condamnee-pour-le-licenciement-abusif-de-stephane-guillon-28-01-2011-133111\\_52.php](http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/radio-france-condamnee-pour-le-licenciement-abusif-de-stephane-guillon-28-01-2011-133111_52.php)>, consulté le 11 novembre 2011.

n° 49

CHRONIQUE – RADIO

*Sous la direction de Guy Drouot*

*Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix en Provence*

## QUOTAS DE DIFFUSION DES ŒUVRES FRANCOPHONES À LA RADIO : LES MAJORS ET LES RADIOS PAS SUR LA MÊME LONGUEUR D'ONDE...

*Par Patrick Anjos Torgal*

Avec l'avènement des radios libres dans les années 80, la place de la musique dans la sphère radiophonique s'est considérablement accrue en France. Pour veiller à la diversité et à la qualité de ce programme, le législateur a voulu assurer dans un contexte d'« américanisation de la culture » une certaine proportion de chansons francophones sur les ondes.

C'est l'objectif de l'amendement Pelchat du 1<sup>er</sup> février 1994 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996) qui prévoit une diffusion obligatoire à des heures d'écoutes significatives de 40% d'œuvres musicales créées ou interprétées par des auteurs et artistes français ou francophones dont 20% issues de nouveaux talents ou de nouvelles productions. Assouplies en 2000 par des dérogations accordées à certains formats, les quotas de diffusion de chansons francophones semblent aujourd'hui être insuffisants aux yeux de l'industrie musicale qui réclame leur renforcement.

Le 4 mai dernier, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a organisé une table ronde sur ce sujet ô combien épineux en invitant majors et stations de radio. Objectif de la concertation : « étudier des mesures permettant de faciliter et garantir la diffusion de la chanson d'expression

française dans toute sa diversité sur les antennes des radios, particulièrement des radios musicales ». Depuis le dossier est en suspens, l'autorité de régulation du paysage audiovisuel français tardant à rendre ses conclusions. Pire, les rapports entre industrie musicale et radios musicales s'enveniment et se règlent à coup de communiqués de presse.

Le premier tir est venu le 17 juin dernier du côté de la société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM). A l'occasion du point presse annuel, Claude Lemesle, vice président de la société de gestion collective indiquait que « 82% des diffusions de nouveautés francophones ont été concentrés sur 15 titres en 2010 ». Etayant son propos, l'ancien parolier de Joe Dassin pointait du doigt le manque de coopération des radios qui se cantonnent le plus souvent à ghettoïser les nouveautés et titres francophones en reléguant ces œuvres sur des heures d'écoute peu significatives (entre 6h et 8h) le weekend.

Face à ce discrédit, la réponse des radios ne s'est pas fait attendre. Craignant un possible renforcement de leurs obligations de diffusion de titres francophones, une partie des radios musicales françaises réunies sous la bannière du « Syndicat

interprofessionnel des Radios et Télévisions indépendantes » (SIRTI) a fustigé l'attitude de l'industrie du disque qu'elle accuse d'influencer les pouvoirs publics pour obtenir « une mise sous tutelle des antennes de radio de France ». Pour elles, « l'appauvrissement de la production francophone » incombe totalement à l'édition et à la production musicale française, cette dernière ayant chuté de 76% en 10 ans.

Dans ce dialogue de sourd, les majors réunies au sein de l'association « Tous pour la musique » (TPLM) en appellent au ministre de la Culture Frédéric Mitterrand qui concédait lors du Midem en janvier dernier que « la question de l'exposition des répertoires dans toutes leur diversité, et à des

horaires significatifs, [requérait] aujourd'hui une grande importance ». L'objectif de cet appel pour TPLM est que « non seulement l'esprit de la loi sur les quotas ne soit plus dévoyé, mais également que les radios soient incitées à introduire plus de diversité dans leur programmation musicale ».

Plus qu'une incompréhension, cette polémique cristallise un désir mutuel de réévaluer et redéfinir la loi de 94 en adaptant son champ d'application aux évolutions de la société (quid des quotas sur l'expression francophone sur internet) et aux tendances musicales actuelles (extension des quotas aux jeunes talents d'origine française chantant dans une langue étrangère) pour permettre d'assurer la diversité tant désirée.

Source :

LEROI (Th.), « La diversité musicale oppose toujours les majors aux radios », *radioactu.com*, <<http://www.radioactu.com/actualites-radio/135963/radio-la-diversite-musicale-oppose-toujours-les-majors-aux-radios/>>, consulté le 11 novembre 2011.

n° 50

## CHRONIQUE – PRESSE

*Sous la direction de Alexandra Touboul  
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille*

### LA REFORME ENVISAGEE PAR LE CSMP CONDUIRA-T-ELLE A L'ABROGATION DE LA LOI BICHET ?

*Par Marie Sarrazin*

Au sortir de la deuxième Guerre Mondiale et de toutes les horreurs que nous lui connaissons, Robert Bichet s'est senti investi d'une mission devenue essentielle en France : la liberté de la presse, et notamment de la presse écrite.

C'est le 2 avril 1947, que sera promulguée la loi dite « Bichet » concernant la distribution de la presse écrite et assurant la liberté de choix de l'éditeur, l'égalité des éditeurs face à la distribution ainsi que la solidarité entre éditeurs et coopérateurs.

Le 18 novembre 2010, 63 ans après la promulgation de la loi qui l'a instituée, l'Assemblée Générale du Conseil Supérieur des Messageries de Presse (CSMP), dont l'objectif principal est de garantir le pluralisme de la presse à travers l'impartialité de sa distribution, a voté la mise en œuvre d'une nouvelle norme dite « *d'assortiment* ».

Cette réforme conduira-t-elle à l'abrogation de la loi Bichet ? La réponse est encore très floue.

La réforme envisagée par le CSMP prévoit que pourraient être retirés de la vente, tous titres de presse qui ne réaliserait pas, au moins, 3% du chiffre d'affaires du diffuseur. Ce dernier pourra les supprimer par période de 6 mois et dans la limite de 20% des titres proposés (hors presse d'opinion et quotidiens), sans avoir à motiver sa décision.

Les conséquences seront doubles : les petits et moyens éditeurs verront leurs journaux passer aux oubliettes, et les lecteurs n'auront plus réellement le choix de leur lecture car une « présélection » aura été faite en amont.

Certains pensent que cela porte atteinte aux principes de pluralisme et de diversité, d'autres, dont les intérêts économiques sont en jeu, ne s'en préoccupent pas.

Bien entendu le syndicat de l'Association des Editeurs de Presse et les Messageries Lyonnaises de Presse se dressent contre cette réforme. En effet, elle conduirait de façon irrémédiable à la mort des petites publications jusqu'ici protégés par la loi Bichet.

Visant le Conseil Supérieur, ce syndicat affirme qu'il « s'apprête en effet à faire voler en éclats la loi (Bichet) qui l'a instituée et à renier sa mission première, garantir le pluralisme de la presse à travers l'impartialité de sa distribution ».

Les diffuseurs de presse sont bien évidemment de fervents supporters de cette réforme et ce pour des raisons économiques. Gérard Proust, président de l'Union Nationale des Diffuseurs de Presse explique qu'une trop grande quantité de journaux en kiosque, par exemple, réduit de façon considérable le chiffre d'affaires des distributeurs : « le diffuseur reçoit des fournitures qui se traduisent par 50% d'invendus, [...] un diffuseur expose, en moyenne, 18 à 21 titres au mètre, ce qui anéantit toute visibilité des titres, [...] un client sur cinq repart du magasin sans avoir trouvé le titre qu'il était venu chercher, [...] 15 à 18% des références servies ne réalisent aucune vente sur nos points de vente ».

La loi Bichet pose le double principe de liberté et d'égalité de traitement entre les éditeurs. Cette réforme envisagée par le CSMP allant à l'encontre de ces principes, si elle est adoptée, entrainera un nécessaire amendement, voire une abrogation de ladite loi.

A la suite des Etats Généraux de la presse de 2008, un « livre vert » a été remis au ministre de la

Culture. Il contenait, entre autre, une demande adressée au Président de la République.

Ce dernier était chargé de demander aux éditeurs de presse « d'instituer un système de plafonnement afin de limiter les quantités servies par parution en fonction de l'historique des ventes du titre constatées dans le point de vente [...] et de « Diminuer le taux d'occupation des linéaires, [...] une réforme du "bon titre au bon endroit" qui serait une réponse pertinente au taux de rupture élevé en permettant une meilleure adaptation de l'offre à la clientèle et d'augmenter ainsi les ventes ».

La demande n'ayant pas été écoutée, Richard Mallié, député UMP des Bouches-du-Rhône dépose, le 1<sup>er</sup> avril 2010, devant l'Assemblée Nationale, une proposition de loi visant à abroger la loi Bichet. Cette proposition dont le seul article dispose que « La loi n°47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques est abrogée » a le mérite d'être claire.

Cette réforme et cette abrogation, si elles ont lieu, modifieraient de façon considérable la vie des petits et moyens éditeurs et favoriseraient d'autant plus les grandes maisons d'édition.

Les professionnels du secteur ne sont que peu convaincus de la viabilité de cette proposition de loi mais rien n'est encore joué.

Cette réforme concerne tout le monde, de l'éditeur au lecteur en passant par le diffuseur, et pourtant... elle est discutée « en catimini » au sein du CSMP et de sa « Commission des normes et bonnes pratiques ».

Sources :

MARTIN (J.), « L'UMP veut mettre fin à la diffusion égalitaire des journaux », rue89.com, <<http://www.rue89.com/confidentiels-indiscrets/2010/04/06/lump-veut-mettre-fin-a-la-diffusion-egalitaire-des-journaux-1463>>, consulté le 11 novembre 2011.

« Un député UMP veut abroger la loi Bichet », *liberation.fr*, <<http://www.liberation.fr/medias/0101629040-un-depute-ump-veut-abroger-la-loi-bichet>>, consulté le 11 novembre 2011.

GAUCHER (E.), « Supprimer la loi Bichet, pourquoi ? », *erwanngaucher.com*, <<http://www.erwanngaucher.com/07/04/2010/Supprimer-la-loi-Bichet-pourquoi-1.media?a=88>>, consulté le 11 novembre 2011.



## « HORS LA LOI », LE BIEN NOMMÉ ? LA QUESTION DE LA CONCILIATION ENTRE LIBERTÉ D'EXPRESSION ET PROTECTION DE L'ORDRE PUBLIC REMISE A L'ORDRE DU JOUR

*Par Boris Barraud*

« Regroupés sous une banderole proclamant « Financement français pour un film anti-français », ils s'en sont pris notamment à la Région et à ses représentants, accusés d'avoir participé au financement du film, aux cris de « collabos, collabos ». Quelques accrochages verbaux les ont opposés à une quinzaine de contre-manifestants venus soutenir le film et dénoncer la colonisation de l'Algérie ».

Ainsi une dépêche de l'AFP décrivait-elle la manifestation ayant réuni à Marseille, le 21 septembre dernier, une cinquantaine d'opposants au cinéaste Rachid Bouchareb venus perturber la tenue de l'avant-première de son dernier film, « Hors la loi ».

Retraçant notamment le massacre survenu à Sétif le 8 mai 1945, le cinéaste ne manque pas – à l'instar de son précédent « Indigènes » – de susciter une sensation de honte et de culpabilité chez les uns et de réveiller un sentiment « anti-français » chez les autres. Mais au-delà des considérations politiques indéfectiblement liées à un film abordant de tels sujets, est donnée l'occasion de revenir sur le nécessaire besoin de conciliation entre liberté d'expression et protection de l'ordre public, notamment au travers de l'abondante jurisprudence du Conseil d'État en la matière.

Comme l'illustrent les protestations ici en cause et comme cela fut notoirement le cas lors de la sortie du film de Martin Scorsese « La dernière tentation du christ » il y a quelques années, il arrive parfois que des films, parce qu'ils touchent au cœur certaines personnes, provoquent des incidents, des troubles, voire – cas extrême – des affrontements. Dès lors, et bien que le long métrage ait obtenu un visa d'exploitation de la part du centre de la cinématographie et de l'image animée, un maire – mettant en œuvre son pouvoir de police administrative – est susceptible d'encadrer spécifiquement les projections ou même de les interdire.

En effet, bien que le Conseil d'État ait érigé le principe de la liberté de création cinématographique en principe à valeur constitutionnelle au visa de l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme de 1789, à l'occasion de l'arrêt « Société Rome-Paris films » du 24 janvier 1975, il est de jurisprudence constante que les exécutifs locaux puissent s'opposer à toute projection en cas de circonstances locales particulières justifiant la crainte de troubles à l'ordre public, à la tranquillité publique ou aux bonnes mœurs (voir l'arrêt fondateur : « Société des films Lutétia » du 18 décembre 1959).

Ainsi, au cours des années 1960, ce pouvoir nouveau de « censure locale » fut mis en œuvre à de nombreuses reprises par les maires et préfets. Par la suite, il tomba pas à pas en désuétude sous l'effet de la libéralisation de la société.

En l'espèce, ce n'est pas tant le caractère licencieux du film que le risque d'affrontement et donc de trouble sérieux à l'ordre public qui pourraient mener à une mesure d'interdiction. Or, le cas échéant, la juridiction administrative ne manquerait pas d'être saisie par le préfet – qui est accessoirement distributeur du film – afin qu'elle juge de la légalité de ladite mesure. Nul doute qu'il faudrait alors que les motifs soutenant la prohibition soient plus que sérieux tant, à l'heure actuelle, les juges tendent à faire prévaloir plus que tout autre principe celui de la liberté d'expression.

Confirme cela un récent jugement du tribunal administratif de Nice. Alors que le film de Rachid Bouchareb était représenté au festival de Cannes, le climat semblait s'envenimer non loin de là, dans la petite ville de Vallauris ; tant et si bien que son maire décida de fermer une exposition qui comportait notamment des œuvres relatives à la vie des harkis, ces algériens engagés au sein de l'armée française entre 1957 et 1962. Le Tribunal, après s'être adonné à la traditionnelle mise en balance entre liberté d'expression et exigences de sécurité publique, suspendit cette mesure. Ce jugement s'inscrit dans une tendance désormais

bien affirmée. À plus forte raison concernant « Hors la loi », les conséquences politiques pour l'autorité publique qui se risquerait vers un tel écueil ne seraient pas loin d'être désastreuses.

Reste que cette œuvre du septième art, dès lors qu'elle retrace des événements historiques, sort par définition du simple cadre de la fiction et conduit à s'interroger sur le point de savoir si la liberté de l'artiste doit être totale ou s'il doit en premier lieu s'imposer de respecter les faits autant que possible. Qu'il s'agisse de cinéma, de bande dessinée ou encore de littérature, il appartient au spectateur ou lecteur de prendre suffisamment de recul par rapport à ce qu'il voit ou ce qu'il lit et de ne pas perdre de vue que l'œuvre est là avant toute autre chose pour le divertir. S'il s'agissait de l'informer, alors on se situerait dans le cadre du documentaire.

Sources :

LE ROY (M.), « Le film *Hors la loi* va-t-il avoir un avenir juridique ? », *lemonde.fr*, <[http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/09/22/le-film-hors-la-loi-va-t-il-avoir-un-avenir-juridictionnel\\_1414857\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2010/09/22/le-film-hors-la-loi-va-t-il-avoir-un-avenir-juridictionnel_1414857_3232.html)>, consulté le 10 novembre 2011.

AFP, « *Hors la loi* : manifestation à Marseille », *lefigaro.fr*, <<http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2010/09/20/97001-20100920FILWWW00656-marseille-manifestation-contre-hors-la-loi.php>>, consulté le 10 novembre 2011.

LORRAIN (F.-G.), « La bombe *Hors la loi* », *lepoint.fr*, <[http://www.lepoint.fr/culture/la-bombe-hors-la-loi-21-09-2010-1239032\\_3.php](http://www.lepoint.fr/culture/la-bombe-hors-la-loi-21-09-2010-1239032_3.php)>, consulté le 10 novembre 2011.

Ainsi le réalisateur conseille-t-il à son public de « se libérer de l'histoire, la voir comme un grand sujet de cinéma ». Et puis chacun demeure libre de se rendre dans les salles obscures et un film ne saurait donc être subi.

Plus d'un mois et demi après sa sortie officielle sur les grands écrans, « Hors la loi » n'a fait l'objet d'aucune mesure particulière, ni engendré de nouveaux débordements depuis ceux du Vieux Port. Cela prouve l'actualité du célèbre adage formulé par le Commissaire du Gouvernement Corneille à l'occasion de l'arrêt « Baldy » du 10 août 1917 : en matière de police administrative des spectacles, « la liberté est la règle et la restriction l'exception ».

Ce n'est « que » du cinéma après tout.

n° 52

CHRONIQUE – CINÉMA

*Sous la direction de Guy Drouot*

*Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix en Provence*

## SUPERMAN CRAINT LA KRYPTONITE... ET LES DROITS D'AUTEURS

*Par Guillaume Fracque*

Alors que sortira en 2012 la toute dernière adaptation cinématographique du super-héros, sous le titre « Superman : Man of steel », les scènes d'action se trouvent pour l'instant davantage sur le terrain juridique que sur le grand écran.

La raison : une lutte sans concession sur les droits d'auteur liés au personnage emblématique de Superman. Cette guerre juridique confronte d'un côté les héritiers des créateurs originels de Superman, à savoir Jerry Siegel et Joe Shuster, et de l'autre, l'incontournable éditeur DC Comics, propriété du géant Warner Bros Pictures.

Le problème est que chacune des parties à contribuer à la construction du personnage Superman qu'on connaît aujourd'hui. La raison est

historique : Siegel et Shuster ont d'abord créé et fait évoluer le personnage seuls, puis, en 1938, ils ont rejoint les rangs de DC Comics pour le compte duquel ils ont travaillé.

Juridiquement, à partir de cette date, toutes les nouveautés apportées à l'histoire et au personnage Superman reviennent de plein droit à DC Comics. Ainsi, suite à une décision judiciaire, la mythologie Superman se scindera en deux dès 2013. Les ayants-droit de Siegel et Shuster auront donc la propriété du costume ou, à titre d'exemple, de la faculté pour le héros de « sauter par dessus les immeubles d'un seul bond ». En revanche, tous les célèbres ennemis de Superman ou encore sa capacité à voler, sont des caractéristiques qui appartiendront à DC Comics.

Auparavant, les deux parties parvenaient à communiquer sans heurts. Mais avec l'arrivée du nouvel avocat des héritiers Siegel et Shuster, la situation a changé, celui-ci adoptant une stratégie agressive consistant à réclamer l'ensemble des droits et à refuser toute signature d'accord.

Avec une décision de justice séparant de cette façon la gestion des copyright, « Superman : Man of steel » pourrait potentiellement être le dernier film où l'on pourra voir Superman revêtu de sa célèbre tenue, entraîné de voler pour combattre ses plus célèbres ennemis. En effet, les parties devront se mettre d'accord pour la réalisation d'un prochain film. Dans le cas probable d'un échec des négociations, chacun pourra réaliser seul sa propre adaptation à la condition qu'elle n'utilise pas les droits de l'autre partie, ce qui rend impossible la combinaison au sein du même film de tous les éléments caractéristiques de l'histoire et du personnage.

Source :

« Superman : *Man of steel* échappe à une bataille juridique complexe », *premiere.fr*, <<http://www.premiere.fr/Cinema/News-Cinema/Superman-Man-of-steel-echappe-a-une-bataille-juridique-complexe-2737660>>, consulté le 11 novembre 2011.

Voilà donc une situation qui pourrait sembler anecdotique, mais qui représente en réalité des intérêts économiques colossaux.

D'un point de vue juridique, il peut être intéressant de s'interroger sur la place que pourrait avoir le droit moral, tel que pratiqué dans le système français, dans une pareille situation. Pourrait-il être suffisamment mis en avant pour écarter l'aspect patrimonial de l'œuvre et en assurer l'unicité et l'intégrité ?

Le système du copyright ne s'en préoccupe que très peu, l'accent étant mis sur le patrimoine économique découlant de l'œuvre. Or, on se rend compte qu'en voulant absolument respecter l'aspect économique, on en vient à totalement dénaturer l'œuvre. Zack Snyder, le réalisateur du prochain film Superman, aura donc la chance, mais aussi la responsabilité, de probablement façonner la dernière adaptation cinématographique respectant tous les codes de l'histoire Superman, telle que connue de tous.

n° 53

## CHRONIQUE – PUBLICITÉ

*Sous la direction de Karine Favro*

*Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, Colmar-Mulhouse*

### POUR LA CJUE, LE CRITÈRE DE LA RÉMUNÉRATION N'EST PAS DÉCISIF DANS LA QUALIFICATION DE PUBLICITÉ CLANDESTINE

*Par Guillaume Fracque*

Dans son arrêt du 9 juin 2011, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) répond à une question préjudicielle du Conseil d'État Grec portant sur l'interprétation de l'article 1er, d), de la directive 89/552/CE du 3 octobre 1989, dite directive « télévision sans frontière » (TSF).

Cette directive prohibe notamment la publicité clandestine qu'elle qualifie comme « la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services dans des programmes, lorsque cette

présentation est faite de façon intentionnelle par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle dans un but publicitaire et risque d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation. Une présentation est considérée intentionnelle notamment lorsqu'elle est faite contre rémunération ou paiement similaire ».

Pour être qualifiée de publicité clandestine, il était donc entendu qu'elle devait être faite de façon intentionnelle par l'éditeur audiovisuel et dans un but publicitaire. Le problème dans l'affaire grecque

se situe sur la manière dont se caractérise le critère « intentionnel » de la publicité clandestine.

En effet, la question préjudicielle portait sur le fait que, dans la traduction grecque de la directive, le mot « notamment » était absent, ce qui donne une interprétation restrictive de cette disposition. Cela reviendrait à dire que sans rémunération, il n'y a pas de publicité clandestine.

Pour la CJUE, en cas de difficulté de traduction, il convient de se référer aux traductions des langues de « travail » (anglais, allemand et français). Or, celles-ci intègrent bien l'adverbe « notamment ». Au surplus, il faut interpréter la disposition en la replaçant dans l'économie et l'équilibre général de celle-ci. La directive TSF ayant pour objectif d'assurer la protection des intérêts des téléspectateurs, « elle ne saurait faire l'objet d'une interprétation stricte selon laquelle une telle présentation ne peut être considérée comme étant intentionnelle que lorsqu'elle est effectuée contre rémunération ou paiement similaire ».

Cette interprétation est d'autant plus justifiée, qu'il n'est pas toujours aisé d'avoir la preuve de l'existence de cette rémunération. En faire un critère essentiel dans la qualification de publicité clandestine aurait pour principal effet de « priver de

son effet utile [cette] interdiction ». La CJUE conclue donc sans détour que « l'absence d'une rémunération ne saurait exclure l'existence d'une publicité clandestine ».

Cet arrêt trouve un écho particulier dans l'actualité des médias en France. En effet, le CSA, dans sa décision publiée le 27 mai 2011 en réponse une chaîne de télévision, a considéré que le renvoi vers les pages sociales officielles des éditeurs de télévision ou de radio « en nommant les réseaux sociaux concernés revêt un caractère publicitaire qui contrevient aux dispositions de l'article 9 du décret du 27 mars 1992 prohibant la publicité clandestine ».

Or, si le critère de la rémunération avait été retenu comme essentiel dans la qualification de publicité clandestine, la décision du CSA aurait été vide de sens, les éditeurs audiovisuels ne rémunérant pas Facebook ou Twitter pour l'utilisation de leurs services ou de leurs noms.

Au final, ce qui est décisif dans la qualification de publicité clandestine, c'est bien « le but publicitaire ». Mais la difficulté réside dans le fait que la frontière est parfois extrêmement fine entre l'information et « le temps de cerveau disponible ».

Source :

CJUE, 9 juin 2011, *Symvoulia tis Epikrateias*, <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=fr&num=79889390C19100052&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>>, consulté le 11 novembre 2011.

n° 54

## CHRONIQUE – PUBLICITÉ

*Sous la direction de Karine Favro*

*Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace, Colmar-Mulhouse*

### LE JAILBREAK EST-IL LÉGAL ?

*Par Alexandra Derepas*

Pour mémoire, le jailbreak (ou « sortie de prison ») consiste en une série de manipulations permettant de casser certaines des protections logicielles mises en place par Apple au sein de son environnement mobile, afin d'accéder aux fichiers du système d'exploitation, et d'y installer les applications de son choix, même si celles-ci n'ont pas été autorisées par le fabricant.

Lundi 26 juillet 2010, le groupe américain Apple a perdu un peu de son pouvoir de contrôle à la suite d'une révision de la loi américaine sur les droits d'auteurs numériques. En effet le Bureau fédéral du copyright a admis le principe selon lequel les clients peuvent désormais débloquent en toute légalité les téléphones verrouillés par leurs fabricants pour utiliser les applications et les réseaux téléphoniques de leur choix. Cependant si le déblocage est autorisé pour utiliser au mieux toutes les fonctions

du téléphone ou choisir l'opérateur, le piratage des applications, restera, lui, bel et bien interdit. Déverrouiller son téléphone est donc désormais officiellement légal aux Etats-Unis.

L'annonce de la mesure, qui concerne principalement l'iPhone et son environnement cloisonné, a fait l'effet d'une bombe. Apple avait présenté dossier très complet contre le jailbreak, dans lequel la firme s'opposait à « la destruction des protections technologiques de programmes clés sur iPhone et de contenus copyrightés détenus par Apple qui tournent sur iPhone » en affirmant également qu'une telle mesure favoriserait le piratage de logiciels.

Sources :

FERRAN (B.), « Le déblocage de l'iphone devient légal aux Etats-Unis », [lefigaro.fr](http://www.lefigaro.fr/sciences-technologies/2010/07/27/01030-20100727ARTFIG00566-le-deblocage-de-l-iphone-devient-legal-aux-etats-unis.php), <<http://www.lefigaro.fr/sciences-technologies/2010/07/27/01030-20100727ARTFIG00566-le-deblocage-de-l-iphone-devient-legal-aux-etats-unis.php>>, consulté le 11 novembre 2011.

EBERSWILLER (N.), « Le jailbreak devient legal aux Etats-Unis », *mobiles-actus.com*, <<http://www.mobiles-actus.com/actualite/jailbreak-legal-usa.htm>>, consulté le 11 novembre 2011.

Pour rappel, en France, la loi sur les droits d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) interdit le contournement des mesures de protection d'une œuvre, sauf dans certains cas particuliers, comme la recherche à des fins de sécurité informatique. Cependant, actuellement aucune norme n'encadre strictement le système de jailbreak en tant que tel.

C'est donc Hadopi qui pourrait avoir à trancher de la légalité du jailbreaking en France, si elle était un jour saisie de la question, ce qui paraît peu probable.

n° 55

## CHRONIQUE – TÉLÉCOMMUNICATIONS

*Sous la direction de Frédéric Laurie  
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille*

### NUMÉRICABLE ET FRANCE TELECOM, UNE HISTOIRE DE CONTENTIEUX

*Par Jérémy Ferrarin*

Ce double contentieux oppose la société Numéricable, opérateur de télécommunications et spécialiste du câble, et France Telecom l'opérateur historique des télécommunications en France. Il y a actuellement 2 contentieux. Le premier est celui des conditions d'accès du génie civil, qui s'est soldé par une décision de l'Arcep le 4 novembre 2010. Le régulateur partagera le point de vue de FT. L'affaire a ensuite été portée par Numéricable devant la Cour d'Appel de Paris. Elle rendit sa décision le 24 juin dernier, rejetant son appel. L'affaire concernait une modification contractuelle portant sur l'accès aux infrastructures souterraines de génie civil de France Telecom. La deuxième affaire est une suite de la décision de l'Arcep, dans laquelle Numéricable réclame 3,1 milliards d'euros en portant plainte devant le tribunal de commerce de Paris et la Chambre de commerce internationale.

L'histoire n'est pas simple entre ces deux sociétés. En effet, il ne faut pas oublier que l'opérateur historique possède aujourd'hui encore la propriété

des infrastructures de génie civil du réseau cuivre en France.

Un premier contentieux a éclaté entre ces deux opérateurs. La première fois c'est FT qui avait porté l'affaire devant l'Arcep. Cela concernait le refus de Numéricable de donner à FT ses offres de gros sur l'accès de son réseau câble et fibre. Ce premier contentieux s'est soldé par un échec pour FT. L'Arcep rejetant sa demande le 4 novembre 2008.

La seconde vague d'affaires qui nous intéresse cette fois, a été introduite une nouvelle fois par FT. Le plan « très haut débit » prévoit que la fibre doit passer par son génie civil. Dans les années 80, lors du lancement du Plan Câble pour la télévision câblée, Numéricable a conclu des contrats très avantageux concernant l'accès à ce génie civil. Avec le temps et l'évolution, la fibre s'est rapidement imposée comme la technologie de demain. Numéricable a profité de cette occasion pour moderniser son réseau et pour installer de la



fibres optiques. Très rapidement son réseau s'est étoffé, et il est devenu le leader français dans ce domaine avec un nombre importants d'abonnés. C'est pour juguler cette avance que FT avait demandé en 2008 les prix des offres de gros de Numéricable, et profiter ainsi de son réseau.

Avec le déploiement croissant de la fibre, et l'amélioration des règles la concernant, il est apparu urgent de modifier les conditions d'accès du génie civil. Il y avait deux raisons à cela. D'une part pour que tous les opérateurs puissent dans les mêmes conditions avoir accès aux infrastructures de FT, et d'autre part pour rationaliser les interventions sur le génie civil. Cependant cela signifiait la remise en cause des accords antérieurs entre FT et Numéricable, qui étaient très avantageux pour ce dernier.

Mais Numéricable refusa d'appliquer les nouvelles règles, précisant que FT avait modifié unilatéralement leurs contrats. Le conflit fut porté devant l'Arcep par FT, et le régulateur pencha du côté de l'opérateur historique, avançant l'argument que tous les opérateurs devaient pouvoir accéder

au génie civil de FT dans les mêmes conditions. Il faut noter que cela est aussi une question de concurrence.

C'est ainsi que Numéricable réclama 3,1 milliards d'euros en portant plainte devant le Tribunal de Commerce de Paris et la Chambre de Commerce International, en réponse à cette décision.

La décision de l'Arcep a également été contestée par Numéricable devant la Cour d'Appel de Paris. Cependant dans sa décision du 24 juin 2011, elle ne donna pas droit à sa demande, et confirma la décision de l'Arcep.

De son côté, FT a précisé qu'il allait lui aussi porter plainte pour procédure abusive à l'encontre de Numéricable.

Cette histoire n'est pas encore terminée. En effet, il ne faut pas oublier que le déploiement de la fibre optique va s'étaler sur 15 ans (voire plus), que le coût global est estimé à plus de 30 milliards d'euros. Les plus rapides dans le déploiement seront les grands opérateurs de demain.

Sources :

CHICHEPORTICHE (O.), « Fibre optique : Numéricable débouté de sa plainte contre France Télécom », *zdnet.fr*, <<http://www.zdnet.fr/actualites/fibre-optique-numericable-deboute-de-sa-plainte-contre-france-telecom-39762019.htm>>, consulté le 11 novembre 2011.

JULIEN (L.), « France Télécom condamné à verser 10 millions d'euros à Numéricable », *numerama.com*, <<http://www.numerama.com/magazine/18560-france-telecom-condamne-a-verser-10-millions-d-euros-a-numericable.html>>, consulté le 11 novembre 2011.

n° 56

## CHRONIQUE – DROIT D'AUTEUR

*Sous la direction de Xavier Agostinelli  
Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var*

### ROLAND MAGDANE « VS » DAILYMOTION

*Par Renaud Subiran*

Dans un arrêt du 13 octobre 2010, la Cour d'Appel de Paris applique une nouvelle fois le statut d'hébergeur à Dailymotion.

En l'espèce, des sketches de l'auteur et artiste interprète Roland Magdane représentés à l'occasion des spectacles « Magdane show » en 2001 et « Magdane Crack » en 2006, ont été diffusés sans son autorisation sur le site « Dailymotion ». La saisie du mot clé « Magdane » dans le moteur de recherche du service exploité par

la société permettait en l'occurrence d'accéder aux vidéos litigieuses, présentant des extraits de ses représentations. A l'appui d'un constat d'huissier, Roland Magdane a mis en demeure Dailymotion de retirer les contenus contrefaisants et, a porté l'affaire en justice aux côtés de la société Matex, productrice de ses spectacles.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris a estimé que la responsabilité de Dailymotion n'était pas engagée.

En l'absence de notification rendant possible une identification précise des contenus signalés comme illicites, le site n'avait pas l'obligation de retirer promptement les contenus, ni d'empêcher leur remise en ligne. Le tribunal rejette les demandes de Roland Magdane et de la société Matex, en appliquant à Dailymotion les règles relatives au statut d'hébergeur. Ces derniers interjettent appel auprès de la Cour d'Appel de Paris.

Les demandeurs soutiennent que la plateforme développe une stratégie de violation des droits d'auteur lorsque son succès repose sur la diffusion d'oeuvres protégées et par la même sur la contrefaçon.

Les juges d'appel ont tempéré ces propos au regard des multiples efforts fournis par Dailymotion pour permettre le signalement des oeuvres illicites. Le système de « fingerprinting » en est un bon exemple. Il s'agit d'un programme permettant la détection des contenus préalablement signés et qui seront rejetés avant leur mise en ligne, s'ils apparaissent contrefaisants. La société initie en outre un programme de partenariats avec des utilisateurs amateurs ou professionnels. Elle peut ainsi bénéficier dans le cadre de ces derniers, des droits de cession ou de licence sur les contenus, lui permettant d'agir en qualité d'éditeur.

Ils considèrent également que la présence de publicités sur la plateforme ne permet pas d'attribuer à Dailymotion le statut d'hébergeur.

La Cour d'Appel a affirmé que l'exploitation du site par la vente d'espaces publicitaires, dès lors qu'elle n'induit pas une capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne, n'est pas de nature à conférer le statut d'éditeur au service en cause. L'article 6 I 2 de la LCEN (loi pour confiance dans l'économie numérique) prévoit que la qualification

d'éditeur de service dépend de la capacité de ce dernier à exercer un contrôle sur les contenus mis en ligne. Or, le service réservé au commerce d'espaces publicitaires étant ouvert aux annonceurs, uniquement sur les pages d'accueil et les cadres standards d'affichage du site, il en résulte que Dailymotion n'a qu'une fonction de stockage pour ce service. Il n'est donc pas en mesure d'opérer un quelconque ciblage publicitaire afin de tirer profit d'un contenu particulier et de procéder à une sélection qui serait commandée par des impératifs commerciaux.

Enfin, les demandeurs considèrent que les choix éditoriaux effectués par Dailymotion pour la structuration du cadre de présentation du site font également de lui un éditeur de services en ligne.

Sur ce point les juges du fond ont déclaré que les mesures de réencodage et de formatage des fichiers sont des opérations techniques relevant de l'activité de tout prestataire d'hébergement.

A ce titre ces dernières, comme la mise en ligne d'outils de classification des contenus, sont justifiées par la nécessité de rationaliser l'organisation du service et d'en faciliter l'accès aux utilisateurs. En tout état de cause, ces éléments ne permettent pas d'écarter le statut d'hébergeur de Dailymotion.

La Cour d'Appel rejette les demandes de Roland Magadane et de la société Matex, et les condamne à verser à Dailymotion la somme de 20 000 euros. Dans un communiqué, Dailymotion applaudit cette quatrième consécration de son statut d'hébergeur ; il s'agit selon lui d'une application logique de la LCEN du 21 juin 2004 qui a été adaptée pour favoriser le développement des échanges sur internet.

#### Sources :

LEROY (Ph.), « Droits d'auteur : Roland Magdane perd en appel contre Dailymotion », *zdnet.fr*, <<http://www.zdnet.fr/actualites/droits-d-auteur-roland-magdane-perd-en-appel-contre-dailymotion-39755393.htm>>, consulté le 11 novembre 2011.

DEVILLARD (A.), « Roland Magdane perd à nouveau contre Dailymotion », *01net.com*, <<http://www.01net.com/editorial/522336/roland-magdane-perd-a-nouveau-contre-dailymotion/>>, consulté le 11 novembre 2011

n° 57

## CHRONIQUE – DROIT D'AUTEUR

Sous la direction de Xavier Agostinelli  
Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var

## FREE VERSUS OSMOZIS

Par Thomas Frinchaboy

Le Méta-tag est défini comme une construction placée dans l'entête *HTML* (Hypertext Markup Language) de la page *Web*, fournissant des informations qui ne sont pas visibles par les navigateurs. De même que l'*HTML* est le format de données conçu pour représenter les pages *Web*.

C'est avec ces termes que le 29 octobre 2010 la 3<sup>e</sup> chambre de Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris a rendu son jugement dans une affaire opposant le fournisseur d'accès internet Free à la société Osmozis.

Free est une société immatriculée le 18 février 1999, elle est titulaire de la marque verbale « Free » déposée le 25 octobre 1989 pour les produits et services télématiques, services de stockage, services de courriers électroniques et de diffusion d'informations par voie électronique. Osmozis est une société créée le 8 décembre 2005 qui commercialise des bornes de communication sans fil utilisant une technologie *Wi-fi* (Wireless Fidelity) et, est titulaire du nom de domaine « Freewifi.fr » depuis le 4 novembre 2005.

Lorsque la société Osmozis fait savoir à Free qu'elle n'a pas l'intention de renoncer à l'utilisation du nom de domaine « Freewifi.fr » cette dernière l'assigne devant le TGI de Paris pour contrefaçon par reproduction et par imitation des marques Free en utilisant les signes « Free » et « Freewifi » à titre de méta-tag et de nom de domaine. Les Juges ont dû, à la lumière des articles L 713-2 et L 713-3 de code de la propriété intellectuelle (CPI), vérifier si

l'utilisation de ces termes par la société Osmozis sont bien constitutive d'une contrefaçon de marque. Le TGI rappelle ici qu'au sens des deux articles précités la contrefaçon de marque suppose la reproduction ou l'imitation du signe protégé par un autre signe utilisé à titre de marque dont la fonction essentielle est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine des produits ou services marqués en lui permettant de distinguer ces produits ou services de ceux qui ont une autre provenance. Or pour les juges parisiens étant donné que : « Les méta-tags sont des informations situées au sein d'un document et utilisées par les moteurs de recherche lors du référencement de la page *Web*, ce sont donc des balises non affichées donc non visible par les internautes » et donc « à aucun moment elle ne peuvent remplir la fonction de marque qui doit être perceptible par le public à qui elle s'adresse pour garantir l'origine d'un produit ».

Autrement dit, ne remplissant pas les conditions de contrefaçon de marque prévues aux articles L.713-2 et L.713-3, le TGI de Paris écarte l'utilisation du terme Free dans les méta-tags du champ de la contrefaçon de marques.

Enfin les juges déboutent la demanderesse sur sa demande en contrefaçon de marque constituée par le nom de domaine Freewifi.fr au motif que : « Le nom de domaine litigieux est utilisé en tant que chemin d'accès technique au site de la société Osmozis et n'est jamais repris sur le site lui-même, qu'il ne peut pas dans ces conditions remplir la fonction de marque ».

Source :

LELONG DE LONGPRE (H.) « Les marques autorisées dans les meta-tags ? TGI Paris, 29/20/2010 », *droitntic.wordpress.com*, <<http://droitntic.wordpress.com/2010/11/15/les-marques-autorisees-dans-les-meta-tags-tgi-paris-29102010/>>, consulté le 11 novembre 2011.

## LA TAXE SUR LA COPIE PRIVÉE NE S'APPLIQUE PLUS AUX PROFESSIONNELS

*Par Alexandra Derepas*

Vendredi 17 juin 2011 le Conseil d'État a rendu un arrêt important concernant les professionnels et la taxe sur la copie privée.

En effet, le Conseil d'État censure l'application de la rémunération pour copie privée aux produits acquis dans un but professionnel. Dès lors d'ici la fin de l'année, les supports de reproduction (type CD enregistrable, disque dur, clé USB, etc.) achetés par les professionnels seront exclus en France de l'assiette d'assujettissement à la redevance pour copie privée. La redevance ne devra être prélevée que sur des équipements, appareils et matériels qui sont présumés être utilisés pour réaliser des copies privées.

Le Conseil d'État était saisi, par plusieurs sociétés et syndicats professionnels représentant les fabricants et vendeurs de matériel, de requêtes tendant à l'annulation de la décision du 17 décembre 2008 par laquelle la commission avait étendu à certains supports la rémunération pour copie privée et fixé les taux de rémunération pour ces supports. Le Conseil d'État suit à la lettre la décision de la Cour de justice de l'Union Européenne en octobre dernier qui estime illégal

qu'une taxe soit imposée sur des produits destinés aux professionnels.

Cette décision n'entrera pas en vigueur immédiatement. Le Conseil d'État a pris soin de mettre en place une période de six mois avant son application et surtout de souligner que cette décision n'est pas rétroactive privant ainsi les professionnels de pouvoir se faire rembourser des taxes injustement acquittées depuis plusieurs années.

Cette censure a été motivée par la non-conformité à une directive européenne. « L'application sans distinction de la redevance pour copie privée, notamment à l'égard d'équipements, d'appareils ainsi que de supports de reproduction numérique non mis à la disposition d'utilisateurs privés et manifestement réservés à des usages autres que la réalisation de copies à usage privé, n'est pas conforme à cette directive ». Cette annulation va entraîner une remise à plat de l'ensemble des montants de la taxe sur la copie privée en France, et ce dans un délai très court. Elle prendra effet à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa notification au ministère de la Culture et de la Communication.

Sources :

« Pas de taxe pour copie privée sur les produits acquis dans un but professionnel », *net-iris.fr*, <<http://www.net-iris.fr/veille-juridique/actualite/27670/pas-de-taxe-pour-copie-privee-sur-les-produits-acquis-dans-un-but-professionnel.php>>, consulté le 11 novembre 2011.

AFP, « Les entreprises ne seront plus assujetties à la taxe sur la copie privée », *lemonde.fr*, <[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/06/17/les-entreprises-ne-seront-plus-assujetties-a-la-taxe-sur-la-copie-privee\\_1537676\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/06/17/les-entreprises-ne-seront-plus-assujetties-a-la-taxe-sur-la-copie-privee_1537676_651865.html)>, consulté le 11 novembre 2011.

## LA REDEVANCE POUR COPIE PRIVÉE MENACÉE PAR LE DROIT DE LA CJUE ET SON ARRÊT PADAWAN

Par *Jérémy Ferrarin*

L'arrêt du 21 octobre 2010 de la Cour de Justice de l'Union Européenne, dit arrêt Padawan, est venu souffler un vent de folie sur le droit d'auteur. En effet cet arrêt vient attaquer de front la rémunération pour copie privée.

La copie privée est un mécanisme de compensation financière. Il est lié au développement des nouvelles technologies. Ce mécanisme s'inscrit dans une démarche visant à garantir aux auteurs une rémunération du fait de l'absence de reproduction légale. Les reproductions, toujours plus nombreuses, d'œuvres sans le consentement des titulaires des droits concernés sont très nombreuses aujourd'hui. Il y a une réelle perte financière pour les ayants droits du fait de la dématérialisation des œuvres, du développement des moyens de reproduction et de diffusion. Pour aider les auteurs à se rémunérer, de nombreux pays ont décidé de fixer une taxe sur le prix des supports vierges de reproductions tels les CD-ROM et les systèmes de stockages entre autres.

Cet arrêt vient bousculer de plein fouet ce mécanisme. En effet, en Espagne comme en France, le fonctionnement est celui du principe de la mutualisation dans la perception de la taxe. Le consommateur la paye, quelle que soit sa qualité. Il ne paye que la répercussion de la taxe sur le prix du produit, la personne qui est assujettie est bien le commerçant qui vend le produit. C'est ce dernier qui paye la taxe aux organismes chargés de la récupérer. Au final, cela posait problème pour les professionnels qui n'avaient aucune intention de porter préjudice aux ayants droits en achetant des appareils, supports de stockage ou autres matériels soumis au paiement de cette taxe. Un radiologue qui achète des CD-ROM pour conserver les données de ses patients est censé payer la taxe.

Or l'idée de la taxe est de compenser un préjudice, même si celui-ci est potentiel. La compensation équitable, devenue avec cet arrêt une notion autonome du droit de l'Union Européenne, doit s'entendre comme un juste équilibre entre la potentialité du préjudice et le montant perçu. Par essence, la copie privée ne concerne que des personnes privées dans un cadre de cercle de

famille. Pourquoi donc taxer des professionnels qui achètent du matériel pour leurs activités ?

La Cour est venue sanctionner ce constat, et elle a clairement énoncé que : « *un lien est nécessaire entre l'application de la redevance destinée à financer la compensation équitable à l'égard des équipements, des appareils ainsi que des supports de reproduction numérique et l'usage présumé de ces derniers à des fins de reproduction privée* ». Elle conclura dans le sens des professionnels : « *l'application sans distinction de la redevance pour copie privée, notamment à l'égard d'équipements, d'appareils ainsi que de supports de reproduction numérique non mis à la disposition d'utilisateurs privés et manifestement réservés à des usages autres que la réalisation de copies à usage privé, ne s'avère pas conforme à la directive 2001/29* ».

Il est nécessaire d'opérer une distinction entre un professionnel et un non professionnel.

Tout semble aller mieux dans le meilleur des mondes, et bien non. En effet dès la date de publication de l'arrêt, les sociétés de gestions collectives des droits des ayants droits ont affirmé que le système français était bien conforme au droit européen. Pour ce faire il se fonde sur l'argument qu'il y a déjà une retenue sur le montant à prélever pour compenser le prélèvement envers des professionnels. Cependant, cet argument semble difficilement tenir, et une opinion majoritaire commence à aller dans le sens de la CJUE.

Hélas l'histoire ne s'arrête pas là. En France c'est la Commission sur la rémunération pour Copie Privée qui a pour mission de fixer les taux applicables, les supports assujettis à cette taxe. Il est bon de constater que le taux de la rémunération pour copie privée pratiquée en France est la plus élevée de l'Europe. Ainsi se pose alors la question des « marchés gris » c'est-à-dire la concurrence indirecte et contraire à l'idée du Marché Intérieur, que se livre les états européens par une différence de fiscalité.

Le problème dérive sur la mise en concurrence des produits français vis-à-vis de nos concurrents européens. Force est de constater que souvent les

prix différent de façon plus ou moins importantes. D'une part parce que le taux de la taxe pratiqué dans un pays autre que la France, s'il y en a une, est moins important, et d'autre part parce que la répercussion de la taxe sur le consommateur va forcer le distributeur à pratiquer des prix plus élevés que ses concurrents. Le consommateur avisé préférera acheter à l'étranger car même avec des possibles frais de port plus élevés qu'en France, le consommateur y sera gagnant.

En outre, par les effets mécaniques de perception, le redevable de la taxe est celui qui importe. S'il ne déclare pas, il ne paye rien. C'est très intéressant de remarquer que quand on achète un produit en Allemagne depuis les Pays-Bas on ne paye pas un centime d'euros pour cette taxe. Le mécanisme même de la perception provoque des distorsions concurrentielles.

L'arrêt Padawan a continué par la suite à faire grand bruit en Espagne. En effet, les instances en charge de l'affaire, et suite à l'arrêt de la CJUE ont conclu dans le sens de l'arrêt : il faut distinguer les professionnels des non professionnels. Cela a conduit le gouvernement espagnol à préparer en urgence un projet de réforme de la redevance pour copie privée. Normalement le projet de loi devrait être présenté à l'instance législative espagnole durant le courant de l'été 2011.

Cependant cela va plus loin, car en France le combat est relancé entre les ayants-droits et l'industrie de l'électronique. En effet, si le montant de la taxe diminue du fait d'un possible changement de réglementation, les ayants droits seront sans doute désireux de préserver le montant total de la perception. Il y a un risque que le taux de la taxe augmente encore ou de taxer de nouveaux produits, solution préférée par les ayants-droits. A nouveau on assiste à une levée de bouclier de la part de l'industrie, d'une part pour limiter voire

réduire la redevance pour copie privée, et d'autre part faire une application de l'arrêt Padawan.

Ce combat prend des tournures de guerre de tranchée. Les ayants-droits militent pour que la question soit tranchée par le Conseil d'Etat, ce qui laisse trois hypothèses : le conseil valide le système à la française avec le mécanisme particulier de la quote-part, ou bien il va l'invalidier et on sera dans une situation similaire à l'Espagne, ou alors il va saisir la CJUE pour une nouvelle question préjudicielle pour vérifier la conformité de notre système au droit et à la jurisprudence européenne. Cette solution est celle qui est préconisée par les ayants-droits. Cette voie permettrait de maintenir le système en état quelques temps encore, et ainsi assurer une rémunération constante, tout en laissant le temps au gouvernement d'envisager une réforme éventuelle du régime pour copie privée.

Mais ce n'est pas tout ! Cet arrêt a non seulement soufflé un vent de panique sur les systèmes nationaux, mais il a fait office d'électrochoc au niveau européen. Le problème des marchés gris étant toujours là, l'Europe se pose à nouveau la question de la réforme de la copie privée. Ce projet a par le passé été tenté, sans résultat cependant. Les préjudices que tout cela cause au marché intérieur risquent de conduire la Commission Européenne à réfléchir à une harmonisation de la copie privée. Ce combat idéologique promet sans doute d'être sanglant et sans solution compte tenue, pour la France, du lobbying très fort du monde de la culture.

Face à tous ces changements, il est important de voir quel sera l'avenir de ce régime dans les temps qui vont suivre. C'est une décision politique de premier plan : soutenir l'industrie et le commerce français ou consolider la rémunération des ayants-droits. Dans tous les cas, il y a de fortes chances qu'une partie doive assumer les conséquences de ces changements.

Source :

CHAMPEAU (G.), « Copie privée : les industriels relisent (mal ?) l'arrêt de la CJUE », *numerama.com*, <<http://www.numerama.com/magazine/17191-copie-privee-les-industriels-relisent-mal-l-arret-de-la-cjue.html>>, consulté le 11 novembre 2011.



## CHRONIQUE – DROIT D'AUTEUR

*Sous la direction de Xavier Agostinelli  
Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var*

## LA COMMISSION EUROPÉENNE SOUHAITE UNE HARMONISATION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

*Par Guillaume Fracque*

Le 24 mai 2011, Bruxelles a développé dans un communiqué sa future stratégie pour garantir la protection de la propriété intellectuelle au sein de l'Union. L'objectif est clair, mettre en place un cadre juridique unifié dans ce domaine, afin de favoriser la création et l'innovation au sein du marché intérieur et ainsi « permettre de convertir les idées en croissance économique et en emplois de qualité ».

Michel Barnier (commissaire européen au Marché Intérieur) et Algirdas Semeta (commissaire européen à l'Union douanière), rédacteurs du communiqué, énoncent un problème depuis longtemps soulevé en la matière : à savoir une hétérogénéité des législations sur la propriété intellectuelle entre les 27 États membres. Cela a pour conséquence d'affaiblir la position de l'Union, notamment face aux concurrents américains ou asiatiques.

Si la stratégie concerne l'ensemble de la propriété intellectuelle (droits d'auteur, brevets et marques), l'accent est mis particulièrement sur les droits d'auteur. La lutte contre le piratage et la contrefaçon reste le fer de lance de la politique européenne. La volonté de renforcer le volet répressif est énoncée à travers une prochaine modification de la directive portant sur le respect des droits de propriété intellectuelle. Celle-ci prévoit « des mesures de droit civil permettant aux détenteurs de faire respecter leurs droits de propriété intellectuelle » et évoque la nécessité de « s'attaquer aux infractions à la source et, à cette fin, encourager la coopération des intermédiaires, tels que les fournisseurs d'accès à internet ». Une répression en amont du système actuel, qui ne manquera pas de faire frémir tous les défenseurs des droits de l'internaute, à l'image par exemple de la Quadrature du Net.

C'est en tout cas un projet long et ambitieux auquel souhaite s'attaquer la Commission Européenne. Il s'agira de mettre d'accord les 27 États membres, qui représentent autant de variantes et de spécificités quant à l'application de la propriété intellectuelle. On pense ainsi, par exemple, aux

futurs débats qui entoureront le statut des exceptions aux droits d'auteur.

Le communiqué évoque en tout cas clairement l'objectif final : aboutir sur un code européen de la propriété intellectuelle. L'occasion également de mettre à jour des législations parfois vieillissantes, issues des réflexions des usages précédents et rudement mis à l'épreuve depuis l'explosion numérique.

Il est à noter que ce n'est pas la première fois qu'une telle initiative est présentée. Déjà en 2001, à l'occasion d'une directive à ce sujet, l'Union Européenne avait tenté d'harmoniser les législations. Mais à l'époque, les États membres se sont surtout contentés de camper sur leur position, chacun défendant ses propres exceptions.

Il convient donc de rester prudent sur les suites concrètes de cette annonce. Toutefois, le dossier du brevet unique européen semble lui être déjà bien avancé et pourrait voir rapidement le jour. Le 27 juin 2011, le Conseil de l'Union Européenne a ainsi donné son accord sur deux propositions relatives à la création du brevet unitaire. La question des problèmes linguistiques semble être réglée, faisant franchir une nouvelle étape au brevet unique européen. Il permettra notamment de réduire considérablement la durée et les coûts de dépôts de brevets.

La volonté d'une telle uniformisation de la propriété intellectuelle au sein de l'Union s'inscrit logiquement dans le processus du Marché intérieur unique. Mais elle fera nécessairement face à des conceptions divergentes.

Les documents avancés, mémos et communiqués de presse, ne représentent pour l'instant que des pistes de réflexions. Il faudra donc attendre les premiers documents à portée contraignante pour connaître plus en détail les modifications qui seront apportées aux marques, brevets et droits d'auteur.

**Sources :**

NOGHES (P.-A.), « Comment Bruxelles veut conforter la propriété intellectuelle en Europe », *la Tribune.fr*, <<http://www.latribune.fr/actualites/economie/international/20110524trib000623972/comment-bruxelles-veut-conforter-la-propriete-intellectuelle-en-europe.html>>, consulté le 11 novembre 2011.

ZIMMERMAN (J.), « Droit d'auteur : la Commission européenne s'accroche à une répression dépassée », *laquadrature.net*, <<http://www.laquadrature.net/fr/droit-dauteur-la-commission-europeenne-saccroche-a-une-repression-depassee>>, consulté le 11 novembre 2011.

**TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE CRETEIL, 14 DECEMBRE 2010, INA / YOUTUBE**

**Mots clefs :** internet – responsabilité – hébergeur – contrefaçon – filtrage – loi LCEN – droit d'auteur

**Faits :** Début 2006, l'Institut National de l'Audiovisuel (ci-après « l'INA ») informe par courrier la société Youtube LLC de la diffusion sur son site d'un grand nombre de programmes lui appartenant. En effet, en vertu des lois des 7 août 1974, 29 juillet 1982, 30 septembre 1986 et août 2000, l'INA exploite les extraits des archives audiovisuelles des chaînes de la télévision publique française telles que, par exemple, France 2, France 3 et TF1 avant sa privatisation. Il lui demande alors de retirer les contenus visés. Youtube s'exécute en partie. Cependant, constatant la réapparition et l'apparition de certains de ses programmes, l'INA assigne la société américaine en contrefaçon le 23 novembre 2006.

**Procédure :** Le tribunal de grande instance de Créteil a été saisi par l'INA le 23 novembre 2006 d'une action en contrefaçon contre la société Youtube LLC. Cette dernière a, quant à elle, sollicité un sursis à statuer dans l'attente de l'arrêt que devrait rendre la Cour de Justice de l'Union Européenne sur une question préjudicielle posée le 28 juin 2010. La question était de savoir si un « *juge national, saisi dans le cadre d'une procédure au fond, peut ordonner à un prestataire d'hébergement de mettre en place à l'égard de toute sa clientèle, [...] un système de filtrage de la plus grande partie des informations stockées sur ses serveurs, en vue d'identifier les fichiers électroniques qui contiennent des œuvres sur lesquelles un tiers prétend détenir certains droits, pour ensuite bloquer l'échange desdits fichiers* ».

Le tribunal a rejeté cette demande de sursis à statuer au motif que « *la question préjudicielle porte sur une demande générale relative à la mise en place d'un système de filtrage in abstracto et à titre préventif, alors que la demande de l'INA est précise et concerne les œuvres déjà signalées par l'INA lui-même à la société Youtube* ».

**Question de droit :** Un site internet qualifié d'hébergeur, diffusant ou maintenant la diffusion, après que lui ait été notifié le caractère illicite, d'extraits de programmes audiovisuels ne lui appartenant pas, et de surcroît sans l'autorisation du propriétaire des droits sur lesdits programmes, se rend-t-il coupable du délit de contrefaçon, réprimé par les articles L 122-4 et L 215-1 du Code de la propriété intellectuelle (ci-après « CPI ») ayant pour conséquence, l'obligation pour l'hébergeur de mettre en place un système de filtrage des contenus précités ?

**Considérant de principe :** « *La diffusion et le maintien par la société Youtube d'extraits de programmes audiovisuels appartenant au catalogue de l'INA, sans l'autorisation de ce dernier, après que leur illicéité ait été signalée, et le fait qu'elle n'ait pas empêché la remise en ligne de ces programmes, constitue la contrefaçon prévue par les articles L 122-4 et L 215-1 du Code de la propriété intellectuelle.*

*En conséquence fait injonction à la société Youtube d'installer sur son site un système de filtrage efficace et immédiat des vidéos dont la diffusion a été ou sera constatée par l'INA* ».

**Note :**

Dans son jugement rendu le 14 décembre 2010, le TGI de Créteil a reconnu à la plateforme communautaire Youtube d'hébergement de vidéos en ligne, le statut d'hébergeur.

Cette qualification juridique a une incidence sur la responsabilité du site. En effet, selon la Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique (ci-après loi « LCEN ») du 21 juin 2004, éditeurs et hébergeurs ont des responsabilités propres et distinctes.

L'hébergeur a une responsabilité limitée.

En l'espèce, Youtube hébergeait des contenus dont le caractère illicite lui avait été signalé par l'INA début 2006. En vertu de l'article 6 de la loi LCEN, la responsabilité civile de l'hébergeur peut être engagée eu égard aux contenus qu'il héberge, s'il savait que ce qu'il hébergeait était illégal. La responsabilité civile de l'hébergeur peut alors être engagée sur ce fondement. De plus en application de l'article 6-2 de la loi LCEN, s'il a connaissance de faits ou de circonstances faisant apparaître le caractère illégal de contenus, et s'il a été informé du caractère illicite du contenu qu'il héberge et que promptement il n'intervient pas pour retirer les données ou en rendre l'accès impossible, il pourra voir sa responsabilité engagée.

Voyant que la société Youtube n'a pas retiré promptement les contenus visés par l'INA, le TGI de Créteil la condamne à verser 150 000 euros de dommages et intérêts à l'INA pour contrefaçon.

En effet, selon les articles L 122-4 et L 215-1 du CPI, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque » et « l'autorisation du producteur de vidéogrammes est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son vidéogramme ».

En l'espèce, en diffusant des vidéos sans l'autorisation de l'INA et en les laissant en ligne malgré maintes notifications, l'hébergeur a manqué

à ses obligations se rendant par là même coupable du délit de contrefaçon. L'INA demande alors au juge qu'il soit fait injonction à la société Youtube de mettre en place « un système de filtrage efficace et immédiat » des contenus illicites. Ce système permettrait à de tels contenus ayant fait l'objet d'une notification par l'INA d'être retirés de la plateforme et de ne pouvoir être réédités par les internautes.

La société Youtube invoque son incapacité à mettre en place un tel dispositif. Or, la société Youtube utilise déjà ce système de filtrage.

La société ne l'utilise qu'au bénéfice de ses cocontractants. En effet, pour bénéficier de ce système, un détenteur de droit doit avoir signé un accord avec la société fondatrice du site Youtube.

Or, d'après cette dernière, l'INA aurait toujours refusé de signer un tel accord. Grâce à ce jugement, Youtube est aujourd'hui dans l'obligation de mettre en place ce système au bénéfice de l'INA.

Ce jugement est une grande première en matière de filtrage des contenus illicites sur internet : Youtube est le premier site du genre à avoir été contraint de mettre en place un tel système.

La plateforme Dailymotion a elle aussi été condamnée par la justice à verser des dommages et intérêts aux producteurs du film *Joyeux Noël*. Cependant, il ne lui a pas été enjoint de mettre en place un tel système. L'INA et Dailymotion ont signé un accord de diffusion des vidéos appartenant à l'institut sur le site de partage. Grâce à un système de « signature » des contenus la détection de leur illicéité est facilitée.

Reste maintenant à savoir si Youtube utilisera un système de filtrage réellement efficace et si ce jugement est l'avènement de nouvelles réglementations en la matière.

1 Tribunal de grande instance de Paris, 13 juillet 2007.

Marie Sarazin

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
UPCAM-IREDEC 2011

n° 62

## NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

**TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS, 17EME CHAMBRE CIVILE – JUGEMENT DU 24 NOVEMBRE 2010, OMAR S. / ALEXANDRE P.****Mots clefs : Internet – Usurpation d'identité – Editeur – Vie privée – Droit à l'image – Adresse IP – Données personnelles – Hébergeur**

**Faits :** Un internaute, Alexandre P., crée un compte sur le site de réseau social Facebook sous l'identité, accompagnée de la photo en avatar, de l'artiste comique français Omar S. Le comédien, n'ayant pas été consulté pour la création de ce « faux profil », décide de contre agir. Sur requête, Omar parvient à obtenir les données numériques par la société Facebook, puis les informations permettant l'identification de l'auteur présumé par le fournisseur d'accès à internet. Il saisit le juge des référés dans le but de mettre fin à ce qu'il estime être une atteinte à sa vie privée et à son droit à l'image. En outre, il souhaite obtenir la suspension de la mise en ligne de ce profil jusqu'au prononcé du jugement sur le fond. En effet, les échanges, corroborés par des photographies du comédien (seul ou accompagné de son acolyte de scène Fred) ainsi que la mise en ligne de données personnelles ont conduit bon nombre de ses amis à penser communiquer avec l'artiste interprète lui même. Alexandre P. dans cette affaire nie être l'auteur de la création de cette page facebook au motif que l'adresse IP ne caractérise pas sa responsabilité. Ainsi, bien qu'il soit le propriétaire effectif de l'ordinateur, il refuse de se reconnaître coupable de cette usurpation d'identité.

**Procédure :** Dans un premier temps, Omar S. saisit le Tribunal de Grande Instance de Paris en date du 27 février 2009 par voie d'ordonnance de référé pour ordonner à la société Facebook Inc. la communication des données de nature à permettre l'identification de l'usurpateur et obtenir ainsi la suspension de la représentation du profil litigieux. Le juge ayant fait droit à ces demandes, contraint la société Facebook à fournir au demandeur l'adresse IP et l'adresse mail de l'internaute.

Ainsi, le demandeur peut ensuite s'adresser directement au fournisseur d'accès à internet pour l'obtention des coordonnées de l'individu (Nom, prénom, adresse, numéro de téléphone). Après avoir obtenu tous ces renseignements, Omar S. finit par assigner de nouveau Alexandre P. (titulaire de l'IP en question) par acte du 28 octobre 2010 aux fins de faire condamner l'usurpateur de son identité et obtenir réparation pour le préjudice subi. Le TGI admet le bien fondée de la requête du comédien et condamne l'internaute au paiement de dommages-intérêts.

**Problème de droit :** La mise en ligne d'un « faux profil » sur Facebook reprenant l'identité d'un personnage public auquel s'ajoutent quelques photos est-elle de nature à constituer une atteinte au droit au respect de sa vie privée et de son droit à l'image ?

**Considérant de principe :** « *Toute personne, quelle que soit sa notoriété, a droit, en application de l'article 9 du code civil, au respect de sa vie privée et est fondée à en obtenir la protection en fixant elle-même les limites de ce qui peut être divulgué à ce sujet. Toute personne dispose également, en application du même texte, d'un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à la reproduction de son image, sans son consentement préalable. Ces droits qui découlent également de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peuvent toutefois céder devant les nécessités de l'information du public et de la liberté d'expression, [...] dans le cadre de l'équilibre qu'il revient au juge de dégager [...] »*

**Note :**

L'usurpation d'identité sur Internet est devenue une des plaies émergentes de notre société à l'apogée de ce nouveau « monde virtuel ». Se faire passer pour un tiers par le biais de réseaux sociaux semble désormais chose aisée. Ce qui au départ pourrait sembler n'être qu'une simple plaisanterie sans réelle intention de nuire, peut engendrer des conséquences dommageables majeures engageant la responsabilité civile voire pénale de l'individu qui en est l'auteur.

L'affaire opposant le comédien Omar S. à un internaute prénommé Alexandre P. apporte la démonstration flagrante de ce phénomène amplificateur.

En l'espèce, Alexandre P. l'a appris à ses dépens. Auteur présumé d'un faux profil, il a réussi à présenter toutes les caractéristiques de la page personnelle du véritable artiste interprète Omar S., connu pour ses représentations sur Canal +. Pour preuve, certains de ses amis furent trompés par l'usurpateur. Des photos d'Omar S., ainsi que des commentaires d'Alexandre P. aux amis du comédien, légitime la saisine du juge des référés pour faire cesser ce préjudice. Omar S. considère que cette usurpation est une atteinte à sa vie privée et à son droit à l'image. Plus exactement, il considère que ce faux profil constitue un « avatar fictif qui parasite sa vie privée ».

Alexandre P. utilise un moyen de défense rejeté par les juges. Il invoque l'idée que la collecte des données par Omar et l'extraction de l'adresse IP constituent des informations à caractère manifestement personnel nécessitant une autorisation de la CNIL. Il espère ainsi obtenir la nullité de la procédure. Le rejet de ce fondement contraint alors Alexandre P. à utiliser un autre argument. Il estime que la détermination de l'adresse IP ne justifie pas le fait qu'il soit considéré comme l'usurpateur de l'identité d'Omar S. puisque selon lui, cette donnée informatique n'est qu'une numérotation caractérisant le propriétaire d'un ordinateur sur le réseau.

Pour autant, le tribunal privilégie les moyens de défense d'Omar S. pour faire retirer le contenu litigieux. Il précise que le défendeur n'établit en rien

qu'il a été piraté ou que son ordinateur a été utilisé par un tiers sans son accord, ni encore que son adresse IP aurait été frauduleusement détournée. Puisque Alexandre P. ne nie pas être le propriétaire de l'outil, il est par conséquent responsable de l'usurpation et de la mise en ligne litigieuse. Il ressort de ce raisonnement une problématique : l'adresse IP, aujourd'hui si facilement détournable, constitue-t-elle un bon élément d'identification d'un internaute auteur d'un contenu mis en ligne ? Les juges reconnaissent à travers ce jugement que le soi-disant usurpateur aurait pu échapper à la condamnation s'il avait apporté la preuve de ses allégations. A défaut, le titulaire de l'IP est considéré comme responsable. Concernant l'atteinte à la vie privée de l'artiste, les juges admettent que quelle que soit la notoriété de l'individu, toute personne a droit au respect de sa vie privée sur le fondement de l'article 9 du code civil et est fondée à en obtenir la protection en fixant elle-même les limites de ce qui peut être divulgué à ce sujet. Ils considèrent que si les nom-prénom et date de naissance de la personne ne constituent pas des éléments d'identité relevant de la vie privée, en revanche, le fait de présenter les goûts de l'individu et faire apparaître les noms de ses amis au public est constitutif d'une atteinte à la vie privée.

Dans cette affaire, les juges précisent subjectivement les composants admis en tant que partie intégrante de sa vie privée. L'autre fondement menant à la condamnation d'Alexandre P. est l'atteinte au droit à l'image du comédien. Là encore, elle est avérée par le simple fait de ne pas avoir requis le consentement préalable de l'artiste avant la publication de ses photos. Comme le soulignent les juges, toute personne dispose d'un droit exclusif lui permettant de s'opposer à la reproduction de son image sans son consentement préalable. Ce type de danger d'usurpation numérique a conduit le Parlement à créer une nouvelle infraction par la loi LOPPSI 2 du 15 décembre 2010 : le délit d'usurpation d'identité en ligne.

Stéphanie Chrostek  
Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
UPCAM-IREDIC



n° 63

## NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

**TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE – PARIS, 5 MAI 2010, EBAY EUROPE ET AUTRES C/ CVV**

**Mots clefs :** eBay – courtage – ventes aux enchères – adjudication – biens culturels – conseil des ventes volontaires – agrément – mandat

**Faits :** eBay est une communauté de vendeurs et d'acheteurs qui se mettent en relation pour effectuer des transactions ensemble. Selon le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques (CVV), ces ventes organisées et réalisées sur le site internet d'eBay constituent des ventes aux enchères publiques, soumises à son agrément. La société eBay, considérant que ces activités relèvent du courtage en ligne, n'a sollicité aucun agrément.

**Procédure :** Le CVV a ainsi fait assigner les sociétés eBay Europe et eBay France devant le Tribunal de grande instance de Paris, sur le fondement de l'article L321-3 du Code de commerce.

**Problème de droit :** Comment qualifier les opérations de ventes réalisées sur le site internet de la société eBay ?

**Considérants de principe :** « Or, le site eBay.fr, s'il propose de nombreux services aux vendeurs, qui constituent autant de contrats d'entreprise (...), ne prévoit jamais que la société eBay représente le vendeur, c'est-à-dire reçoive mandat de sa part de vendre l'objet en son nom ; Le vendeur conserve un rôle actif tout au long du processus de vente, qu'il peut d'ailleurs interrompre à tout moment ; Le processus, qui s'étale sur une durée choisie, entre plusieurs options, par le vendeur, met en évidence un meilleur enchérisseur ; Il n'y a toutefois pas d'adjudication, le vendeur restant libre de choisir un autre enchérisseur, moins disant, qui présenterait un meilleur profil et offrirait ainsi plus de garanties, avec lequel il va traiter de gré à gré ; Il s'ensuit qu'aucune des deux conditions nécessaires pour une vente aux enchères n'est présente Il ressort des dispositions de l'article L 321 -3, alinéa 2 du code de commerce, que le système proposé par eBay s'apparente en réalité à des opérations de courtage en ligne » « Or, la loi n'a pas défini pas ce qu'il fallait entendre par biens culturels ; Le décret d'application 2001-650 de la loi du 10 juillet 2000 n'a pas comporté davantage de définition des ventes aux enchères publiques des biens culturels ; Dans ces conditions, il ne peut être considéré que la société eBay, qui affiche sur son site une interdiction générale des ventes de biens culturels, dont le prix moyen des objets vendus sur son site est de l'ordre de 40 €, qui n'offre aucune garantie sur l'authenticité des biens mis en vente, qu'elle n'expertise pas, se livrerait au courtage de biens culturels ; L'utilisation du site eBay.fr par une société distincte des sociétés eBay, pour effectuer des opérations de dépôt-vente, n'est pas de nature à engager la responsabilité des sociétés eBay ; En conséquence le Conseil doit être débouté de l'ensemble de ses prétentions à l'encontre des sociétés eBay »

**Note :**

Depuis la loi du 10 juillet 2010, le monopole des commissaires-priseurs sur les ventes volontaires de meubles aux enchères publiques a pris fin. Désormais, les sociétés commerciales peuvent exercer cette activité, de manière traditionnelle ou numérique, à la condition d'obtenir préalablement l'agrément du Conseil volontaire des ventes (CVV). Encore faut-il faire la distinction entre les ventes aux enchères publiques, soumises à l'autorisation, et les opérations de courtage aux enchères en ligne, qui lui échappent. C'est l'enjeu du premier problème soulevé le 25 mai 2010 par le Tribunal de grande instance de Paris.

Il rappelle tout d'abord la subordination de la qualification de ventes aux enchères publiques à la réunion de quatre conditions cumulatives: des enchères publiques, réalisées à distance par voie électronique, un mandat de vendre l'objet au nom du vendeur et une adjudication au mieux disant (article L321-3 alinéa 1, du Code de commerce). Bien moins évidentes, les deux dernières conditions sont âprement discutées par les parties.

En effet, le CVV soutient que la société eBay agit en tant que mandataire, notamment lors de la rédaction des annonces, la détermination d'un prix de réserve...

Le CVV prétend également que la société eBay procède à l'adjudication des biens au mieux-disant. Cet argument est contredit par la société mise en cause, alléguant que le vendeur reste libre de contracter avec un autre enchérisseur de son choix et que les messages d'acceptation adressés par le site au terme de l'enchère n'ont ni valeur juridique ni effet translatif de propriété. C'est tout d'abord l'hypothèse du mandat qui est rejeté par le tribunal : les contrats liant eBay aux vendeurs constituent de simples « contrats d'entreprise », privés de toute représentation. Il ajoute que tout au long du processus de vente, le vendeur garde un « rôle actif » en ce qu'il peut l'interrompre, choisir sa durée et ses options afin de « *mettre en évidence un meilleur enchérisseur* ». Le vendeur garde ainsi certaines prérogatives incohérentes avec le mécanisme du

mandat. L'argument relatif à la présence d'une adjudication ne va pas davantage être retenu en raison de la liberté pour le vendeur de choisir un enchérisseur moins disant « *qui présenterait un meilleur profil et offrirait ainsi plus de garanties, avec lequel il va traiter de gré à gré* ». Or, la doctrine a déjà eu l'occasion de souligner que lorsque le vendeur choisit librement et directement son cocontractant, la qualification de ventes aux enchères publiques est écartée.

Les deux conditions nécessaires pour qualifier les opérations d'eBay d'enchères publiques ne sont pas réunies. Par conséquent, le système proposé relève du courtage aux enchères en ligne. La société n'est donc pas soumise à l'obligation d'agrément. La décision demeure conforme à la jurisprudence antérieure (CA Paris, 9e ch., sect. B, 8 avr. 2009) Cependant, les demandes du CVV ne s'arrêtent pas là. Celui-ci reproche également à eBay la vente de biens culturels. Or selon l'article L321-3, alinéa 3, du Code de commerce, les opérations de courtage en ligne sont également soumises à l'agrément du CVV dès lors qu'elles portent sur des biens culturels, et sont donc assimilées aux ventes aux enchères publiques.

Aucune définition n'est donnée par la loi du 10 juillet 2000 et ni par le décret. De plus, aucune des définitions existantes dans les autres textes ne se rapportent à la situation d'espèce pour combler ce vide juridique. Pour rendre sa décision, le tribunal refuse de définir cette notion, mais utilise un faisceau d'indices qui lui semblent contraires. Ainsi, l'interdiction de référencement de biens culturels, la modicité du prix, ... sont autant de critères qui permettent d'écarter l'obligation d'agrément, et par conséquent, la condamnation d' eBay. Cette solution est toutefois à prendre avec prudence, le contexte législatif étant en pleine mutation, il pourrait remettre en cause le dispositif actuel.

Pauline Malet

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
UPCAM-IREDIC 2011

n° 64

## NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

**TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS, 3E CHAMBRE, 3E SECTION, JUGEMENT DU 29 OCTOBRE 2010 FREE C/ OSMOZIS****Mots clefs : nom de domaine – marque – marque renommée – contrefaçon – meta tag – propriété intellectuelle – distinctivité – nécessités techniques – référencement**

**Faits :** Le litige oppose la société Free, spécialisée dans le marché français des communications électroniques et de télécommunications, et la société Osmozis qui commercialise des bornes de communication sans fil utilisant une technologie Wifi. Le différent résulte de la marque déposée « Free » que la deuxième société utilise dans le nom de domaine « Freewifi.fr » et dans les « meta tag » des pages HTML de son site. Malgré une mise en demeure pour faire cesser l'emploi de la marque « Free » dans le nom de domaine « Freewifi », La société Free attaque la société Osmozis pour contrefaçon de marque, ainsi que sur le terrain de la responsabilité civile.

**Procédure :** La société Free assigne la société Osmozis en contrefaçon de marque en soutenant qu'en reprenant dans le nom de domaine et dans les meta tag l'expression « Free », cette dernière faisait une contrefaçon de marque à la lecture des articles L.713-2 et L.713-3 du code de la propriété intellectuelle. Elle agit également sur le terrain de la responsabilité civile par le biais des articles 1382 et 1383 du code civil. Elle avance que cette utilisation nuit à sa dénomination sociale, son nom commercial et son nom de domaine.

Le Tribunal de grande instance de Paris a statué en faveur de la société Free. Il va écarter le moyen de la contrefaçon de marque quand elle est utilisée au sein de meta tag et de nom de domaine. Cependant il va sanctionner la société Osmozis, d'une part car il y a contrefaçon de la marque renommée « Free », et que l'utilisation de la dite marque dans un nom de domaine est constitutif d'une concurrence déloyale.

**Problème de droit :** Est-ce que l'insertion d'une marque au sein d'un meta tag ou un nom de domaine peut constituer un risque de confusion dans l'esprit du public pouvant entraîner une contrefaçon de marque ?

**Considérant de principe :** « Or, les méta tags sont des informations situées au sein d'un document et utilisées par les moteurs de recherche lors du référencement de la page web, ce sont donc des balises non affichées donc non visibles par les internautes, qui permettent d'avoir des informations, à aucun moment, elles ne peuvent remplir la fonction de marque qui doit être perceptible par le public à qui elle s'adresse pour garantir l'origine d'un produit, en conséquence, l'usage à titre de méta tag d'un signe ne peut constituer une contrefaçon de marque au sens des articles L.713-2 et L.713-3 code de la propriété intellectuelle (...) »

**Note :**

Les meta tag et les noms de domaine sont des éléments techniques permettant la navigation sur internet. Les premiers sont invisibles, et sont des mots-clés qui décrivent le contenu des pages web. Ils sont utilisés pour le référencement par les moteurs de recherches, même s'ils sont de moins en moins pris en compte de nos jours. Les seconds sont les adresses des sites internet.

La jurisprudence actuelle tend à clairement affirmer que l'emploi de marques au sein de meta tag ou de nom de domaine ne constitue pas en soit une contrefaçon de marque (TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 3 févr. 2009 ; CA Rennes Chambre 02, commerciale 26 novembre 2008 n° 07/03276; Cour de cassation, chambre commerciale, économique et financière, Formation restreinte, 4 mai 2010, Pourvoi n° 09-14.435). La marque est une « fonction d'indication d'origine », c'est-à-dire un dispositif d'information.

L'arrêt de la CJUE 23 mars 2010 « Google France SARL c/ Louis Vuitton Malletier SA et autres » dans le cadre du référencement payant Google Adwords, permet de déduire que c'est quand il y a une atteinte à la fonction d'indication d'origine qu'il y a un risque de confusion dans l'esprit du public. Dès lors le Tribunal a recherché s'il y avait un en l'espèce quand on emploie des marques dans des meta tag et nom de domaine. En l'espèce, le Tribunal a dû apprécier la distinctivité des marques « Free », l'une étant verbale et l'autre semi-figurative. La première peut signifier à la fois « libre », et « sans fil ». La validité de la marque s'apprécie au jour du dépôt. La juridiction a reconnu qu'au moment du dépôt, l'emploi du mot « free » signifiant « sans fil » n'était pas employé dans le langage courant ou professionnel de manière usuelle, générique ou exclusivement nécessaire pour désigner des produits ou services du domaine d'activité des deux sociétés. Elle a reconnu la distinctivité des marques « free ».

Ensuite le tribunal a fait une application constante de la jurisprudence sur les meta tag et la contrefaçon de marque. Dans la mesure où ces éléments ne sont pas visibles par l'internaute, ils ne peuvent remplir la fonction de marque qui est de l'informer. La juridiction rejette l'idée qu'un meta tag

peut constituer une contrefaçon de marque par l'application des articles L.713-2 et L.713-3 code de la propriété intellectuelle. Il a utilisé la même argumentation pour le nom de domaine.

Ici aussi l'emploi du terme « free » ne remplit pas la fonction de marque, même s'il est visible. L'apport réel du jugement tient au fait que le Tribunal a dû s'interroger sur l'atteinte à la marque renommée « free » dans les meta tag et le nom de domaine « Freewifi.fr ». Il a reconnu la renommée de la marque « free » en se basant sur le nombre d'abonnées chez l'opérateur Free, le nombre de visiteurs sur son portail, sur le nombre de compte de messageries, le coût des campagnes publicitaires et des sondages.

Le Tribunal a repris le même raisonnement pour les meta tag et la marque renommée. Elle n'est pas visible, donc elle ne remplit pas sa fonction de marque. Ainsi il n'y a pas d'atteinte à la marque renommée, c'est-à-dire qu'il n'y a aucun risque de confusion et aucun préjudice. Sur ce dernier point, c'est une vérification au cas par cas qu'il faut faire (cf : affaire Google Adwords, CJUE) La Juridiction exclut les meta tag au titre de la concurrence déloyale. C'est une utilisation justifiée par des nécessités techniques dans le cadre d'opérations de référencements.

Cependant le raisonnement est différent pour le nom de domaine et la marque renommée. Elle va reconnaître un risque de confusion compte tenue de la forte distinctivité de la marque « Free » et de sa notoriété. De plus les activités des deux sociétés sont connexes. Elle a retenu également le parasitisme par captation de clientèle. En définitif, il faut retenir que la fonction de la marque n'est pas remplie si elle n'est pas visible, c'est le cas des meta tag. De même, il faut noter que l'emploi d'une marque, non renommée, n'est pas constitutif d'une contrefaçon de marque pour les noms de domaine. Cependant, il faut toujours faire une application au cas par cas pour démontrer la contrefaçon.

Jeremy Ferrarin

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
UPCAM-IREDIC 2010

n° 65

## NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

**COUR DE CASSATION, 25 NOVEMBRE 2010, MME X ET M. Y / GO VOYAGES**

Arrêt N°1081 (09-70.833)

**Mots clefs : commerce électronique – droit de rétractation – contrat électronique – droit de la consommation – prestations de services – vendeur – vente à distance**

**Faits :** En 2007, un couple d'internautes avait réservé sur le site internet d'un voyageur une prestation hôtelière à Dakar. Suite à une erreur dans la saisie des dates de leur séjour, ils ont demandé la modification de leur réservation, ou à défaut le remboursement des sommes déjà perçues. Le voyageur a refusé catégoriquement la demande du couple en estimant que leur démarche équivalait à une demande d'annulation ou de modification du contrat. Les internautes ont alors porté l'affaire devant les tribunaux.

**Procédure :** La juridiction de proximité de Paris 2ème dans une décision du 10 Juillet 2009, donne gain de cause aux demandeurs en se basant sur l'argument selon lequel ils auraient été privés de leur faculté légale de rétractation de sept jours. La société agence de voyage forme un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation casse et annule le jugement de première instance en rappelant que le code de la consommation exclut explicitement du bénéfice du droit de rétractation la prestation en cause dans cette affaire.

**Problème de droit :** Le droit de rétractation en matière de ventes à distance s'applique-t-il aux services d'hébergements, de transports, de restauration et de loisirs fournis à une date ou à une périodicité déterminée?

**Considérant de principe :** « Attendu que selon l'article L. 121-20-4 du code de la consommation, le droit de rétractation institué par l'article L. 121-20 du même code, ne s'applique pas aux contrats conclus par voie électronique ayant pour objet la prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée.[...] Attendu que pour faire droit à la demande de remboursement de Mme X et de M. Y, la juridiction de proximité retient que ceux-ci ont été privés de leur faculté de rétractation; Qu'en statuant ainsi alors que le droit de rétractation n'était pas applicable à la prestation de service litigieuse, le tribunal a violé les textes susvisés. »



**Note :**

Le commerce sur internet est en plein développement. La protection des consommateurs s'est adaptée à ce nouveau mode de consommation et a été à plusieurs reprises renforcée. Le commerce électronique est défini par la loi pour la confiance en l'économie numérique (LCEN) de 2004 comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens et de services. »

Mais parfois, les achats à distance par internet peuvent révéler des surprises à ses consommateurs. C'est ce qu'à découvert à ses dépens ce couple de cyberconsommateurs réservataires d'une prestation hôtelière à Dakar en 2007.

Après une erreur dans la saisie de leurs données, ils tentent de modifier leur commande ou à défaut de l'annuler et de se faire rembourser les sommes déjà perçues. Le voyageur refuse catégoriquement de faire droit à leur demande. En effet, si par principe en matière de vente à distance par internet les consommateurs disposent d'un droit de rétractation de sept jours minimum, le code de la consommation vient ajouter certaines exceptions pesantes.

C'est par ces motifs que la cour de cassation vient censurer le jugement de première instance et rappeler la règle de droit applicable en matière de droit de rétractation sur internet. Selon l'article L. 121-16 du code de la consommation, le droit de rétractation est applicable à toute vente d'un bien, ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance.

La cour de cassation rappelle qu'ainsi, même dans le cadre d'une vente à distance par internet, le consommateur dispose d'un délai légal de

rétractation de sept jours francs, sans avoir à justifier de motifs, ni à payer de pénalités, à l'exception des frais de retour. L'article L.124-20-1 de ce même code précise qu'en cas d'exercice du droit de rétractation, le professionnel est tenu de rembourser sans délai le consommateur, au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé. La faculté de rétractation doit impérativement être mentionnée dans les conditions générales de vente. A défaut, le délai de rétractation est automatiquement porté à trois mois. Cependant, la cour de cassation rappelle les exceptions à ce principe. L'article L121-20-4 du code, pris en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, prévoit que la disposition aménageant le droit de rétractation n'est pas applicable aux contrats ayant pour objet la prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée. Ainsi, il n'existe pas de droit de rétractation pour les prestations de tourisme prévues pour une date déterminée et achetées sur internet.

Cette jurisprudence, plutôt favorable aux voyageurs, exclu les clients de ce genre de prestation du champ d'application du dispositif de protection des consommateurs. En insérant dans le code cette exception, le législateur tient compte des contraintes des voyageurs du fait de leur rôle d'intermédiaire auprès de compagnies aériennes et hôtelière. Pour autant les cyberconsommateurs ne sont pas privés de toute protection puisque le code civil, à l'article 1369-5 prévoit le système du « double-clic » qui leur permet de pouvoir vérifier le détail de leur commande, ainsi que le prix l'offre avant la conclusion du contrat.

Pauline DALMAN

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
UPCAM-IREDIC 2010

n° 66

## NOTE DE JURISPRUDENCE – TÉLÉVISION

**CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL - 27 SEPTEMBRE 2010, AVIS RENDU AU GOUVERNEMENT SUR UN PROJET DE DÉCRET RELATIF AUX SERVICES DE MÉDIAS AUDIOVISUELS À LA DEMANDE**

Avis n° 2010-22

**Mots clefs : CSA - SMAD - Loi du 5 mars 2009 - Loi du 30 septembre 1986 - Directive SMA - Ministère de la Culture et de la Communication - Frédéric Mitterrand - Michel Boyer - Diversité culturelle - Développement économique**

**L'essentiel :** Le CSA a rendu le 27 septembre 2010, pour la première fois de son histoire, un avis négatif au sujet d'un projet de décret : celui portant sur les services de médias audiovisuels à la demande (SMAD). Il s'agit d'un événement de première importance marquant l'histoire contemporaine de l'audiovisuel et, plus globalement, des médias.

**Textes en cause :** La loi du 5 mars 2009 a transposé en droit interne la directive européenne du 11 décembre 2007, dite « SMA », et désormais les services en cause relèvent des articles 33 à 33-2 et 43-7 à 43-10 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée. Afin de permettre l'application de cette loi, le décret devait créer un régime *ad hoc* de contribution financière et de mise en valeur des œuvres cinématographiques spécifique aux SMAD. En effet, l'article 55 de la loi de 2009 renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de « définir des obligations adaptées à la nature particulière des services de médias audiovisuels à la demande et les exonérer de l'application de certaines des règles prévues pour les autres services ».

**Problématique :** Il s'agissait - pour le Ministère de la Culture et de la Communication, rédacteur du texte - de chercher à concilier de la manière la plus indolore qui soit les intérêts économiques d'un secteur des SMAD encore émergent et fragile, et l'objectif de préservation de la diversité culturelle qui se traduit par les obligations de contribution et de mise en valeur.

**Procédure :** Le ministre concerné, Frédéric Mitterrand, était enjoint de solliciter les avis de la Commission européenne, du Conseil d'État et surtout du CSA, en vertu de l'article 12 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée.

**Contenu de l'avis :** « *Le Conseil estime que le projet de décret [...] impose des obligations excessives aux SMAD. En particulier, le niveau élevé des taux de contribution financière et leur absence de progressivité risquent d'entraver fortement le développement des services en France et de les pénaliser face à la concurrence de services étrangers qui ne sont pas assujettis à des règles aussi contraignantes. Cette situation peut également encourager la délocalisation hors de France* ».

L'institution présidée par Michel Boyon ne s'est pas contentée d'opposer des arguments économiques à la pertinence forte, elle a également effectué un travail important de proposition de modifications qui ont pour une part substantielle été intégrées dans le texte finalement publié au Journal Officiel le 14 novembre 2010.

**Note :**

L'an 2000 aura marqué bien plus que le crépuscule d'un millénaire. Il aura notamment symbolisé l'avènement de la société de l'information. Désormais, Internet, le « village global » et les enfants du numérique incarnent un quotidien qu'il s'agit - bon gré mal gré - de se résoudre à côtoyer.

Réussissant une sensationnelle échappée dans la course à la culture, les NTIC constituent une chance extraordinaire de doper les savoirs, diffuser l'art et le patrimoine comme jamais, les rendre accessibles à tous et à tout moment. Cependant, ces nouveaux cadres se remarquent également - et parfois principalement - par les divers dangers et perversions qui prennent leurs roues. Entrent alors en jeu les arbitres étatiques.

Une illustration prégnante de cette activité nouvelle des pouvoirs publics - mais aussi des obstacles à elle afférents - réside dans les SMAD, services non linéaires incarnés par la télévision de rattrapage et la vidéo à la demande.

Ainsi, à travers cet avis négatif par lequel le CSA s'oppose au Gouvernement à propos du projet de décret devant créer un régime de contribution et de mise en valeur des œuvres spécifique à ces services, l'on perçoit à quel point il peut être délicat - pour une classe politique peu au fait de cette insaisissable modernité - de l'appréhender sans maladresse. À l'inverse, le recours à des autorités spécialisées telles que le CSA - sortes d'arbitres assistants à la légitimité démocratique minime mais dont l'opinion pragmatique et prescient est éminemment précieux - constitue une richesse à louer.

La haute autorité avance en l'occurrence une argumentation à la pertinence forte, bien que strictement limitée à un cadre microéconomique. Eu égard à une conjoncture encore loin de l'idylle de la prospérité économique, les obligations à la charge des éditeurs de SMAD seraient exagérément élevées ; si bien qu'elles auraient pour première et regrettable conséquence de contraindre la plupart d'entre eux à délocaliser leurs activités. Les sages du quai André Citroën proposent donc aux rédacteurs du texte de revoir sensiblement à la

baisse ces carcans peu communs du cercle libertaire de l'Internet et des NTIC.

Qu'une institution qui en raison de sa composition se révèle inexorablement - bien que implicitement - orientée en direction de la majorité politique gouvernant s'oppose à un texte émanant de l'exécutif traduit sans ambiguïté aucune le fait que son contenu s'avère extraordinairement inadéquat ; voir, pis, contreproductif et malsain.

En outre, cet avis met en exergue le fait que, indubitablement, objectifs économiques et culturels portent en eux une tendance naturelle au télescopage. Un exemple patent se manifeste lorsque des politiques de préservation des sites naturels et historiques percutent des envies de modernisation et de construction urbaines ou touristiques.

En l'espèce, la situation semble relever d'un total manichéisme : il s'agirait d'effectuer le douloureux choix entre expansion économique des SMAD et préservation de la diversité cinématographique. Certes, le souhait commun est de parvenir à édifier un pont compromissaire entre les parties. Mais c'est un océan qui les sépare, tant leurs intérêts se révèlent totalement antinomiques, et ce vœu bâti sur un équilibre trop instable relève d'un utopique peu constructif. Mieux vaut peu que rien, tel est l'aphorisme dans les traces duquel le CSA a courageusement cheminé. Trivialement, il apparaît ainsi préférable à ses yeux d'appliquer une réglementation peu contraignante aux SMAD plutôt que de se morfondre devant des dispositions devenues dépourvues d'objet dès lors que ces derniers auraient sans exception opté pour un exil fort aisé à l'heure de la mondialisation. La voie libérale tracée, à l'aune du fait qu'elle aura été largement empruntée par le Ministère au moment de rédiger la mouture définitive du décret, constitue peut-être la première pierre défalquée de l'édifice historique du soutien à la production cinématographique. Seulement la France n'est-elle pas le pays du cinéma bien avant d'être le pays des SMA (d) ?

**Boris BARRAUD**

Master 2, Droit des Médias et des Télécommunications  
UPCAM - IREDIC 2010

n° 67

## NOTE DE JURISPRUDENCE – TÉLÉVISION

**COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, 13 JUILLET 2010, SFR ET FREE C/ FRANCE TELECOM**

Req n° 09-15304 09-66970

**Mots clefs :** Vente liée – Interprétation conforme au droit communautaire – Pratique commerciale déloyale – Concurrence déloyale – Double exclusivité – Droit de la consommation – Droit de la concurrence

**Faits :** Après avoir acquis les droits exclusifs de retransmission sur trois des douze lots de la Ligue 1 de Football, la société France Télécom, en a réservé l'exclusivité de diffusion à sa chaîne Orange Sports, et propose ainsi l'offre Orange Foot réservée exclusivement aux abonnés internet d'Orange. Les sociétés Free et Neuf Télécom (SFR) ont assigné conjointement la société France Télécom à faire cesser de subordonner l'accès à la chaîne Orange Sports à la souscription d'une offre ADSL d'Orange, car selon les sociétés concurrentes cette double exclusivité de diffusion et de distribution constitue une vente subordonnée prohibée par l'article L122-1 du code de la consommation et par conséquent une pratique commerciale déloyale.

**Procédure :** En première instance le Tribunal de commerce de Paris le 23 février 2009 fait perdre l'exclusivité de la chaîne Orange foot pour les seuls abonnés d'Orange au motif que cette pratique était constitutive d'une vente liée prohibée par l'article L 122-1 du code de la consommation, et de concurrence déloyale.

En appel la cour de Paris par une décision du 14 mai 2009 écarte la qualification de pratique commerciale déloyale concernant l'offre d'Orange exclusivement réservée aux abonnés d'Orange fournisseur d'accès internet (FAI). Conformément à la directive du 11 mai 2005 prohibant les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et « à la lumière de la jurisprudence de la CJCE du 23 mai 2009 il ne s'agit pas d'une pratique commerciale déloyale interdite en toute circonstance et qu'il ne s'agit pas non plus d'une pratique commerciale trompeuse ou agressive susceptible d'être interdite » Les sociétés concurrentes Free et Neuf Cegetel se pourvoient en cassation afin de faire reconnaître cette double exclusivité comme constitutive d'une vente subordonnée prohibée par le code de la consommation et par conséquent représente une concurrence déloyale.

**Problème de droit :** La question qui se pose est de savoir si cette pratique de double exclusivité constitue une pratique commerciale déloyale, au sens du droit de la consommation dont l'abus serait susceptible de fausser le jeu de la concurrence ?

**Considérant de principe :** « Mais attendu qu'après avoir relevé qu'il est constant que, dans le cadre de la concurrence qu'ils se livrent, tous les fournisseurs d'accès à internet s'efforcent d'enrichir le contenu de leurs offres pour les rendre plus attractives par la mise en place de services innovants ou l'acquisition de droits exclusifs sur des contenus audiovisuels cinématographiques ou sportifs événementiels[...] l'exclusivité d'accès à la chaîne Orange sports, dont bénéficie l'offre ADSL de la société Orange, n'était pas de nature à compromettre sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause »

**Note :**

Cette jurisprudence importante vient d'une part réaffirmer la non-conformité de l'article L 122-1 du code de la consommation prohibant les ventes liées, au droit communautaire et d'autre part valider le mécanisme de la double exclusivité sur le fondement du libre jeu de la concurrence.

L'étude de cette décision est envisagée sous l'angle du droit de la consommation mais le droit de la concurrence demeure également assimilé aux questions d'exclusivité.

D'une part, l'article L 122-1 du code de la consommation prohibe les ventes liées c'est-à-dire le fait de « subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit. » En appel la cour de Paris a écarté la qualification de vente liée concernant l'accès à la chaîne exclusive d'orange subordonnée à la souscription d'un abonnement internet Orange au motif que l'article L122-1 du code de la consommation est contraire à la directive du 11 mai 2005 prohibant les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Les sociétés au pourvoi contestent l'effet direct de la directive entre les parties au litige et invoque que le juge ne peut substituer le droit communautaire au droit national. Mais la cour de cassation rejette cet argument au motif qu'il ne s'agit pas d'une substitution mais simplement d'une interprétation dans le respect des critères énoncés par la directive, comme l'impose l'article 10 du Traité instituant la Communauté Européenne. En effet cet article définit l'obligation qui s'impose à « toutes les autorités des Etats membres [...] y compris les autorités juridictionnelles » « d'atteindre le résultat prévu par les directives » La cour de cassation justifie également sa décision au regard d'une jurisprudence de la CJCE du 23 mai 2009 selon laquelle la directive du 11 mai 2005 doit « être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par le vendeur au consommateur. » En cela la Cour réaffirme la non-conformité de la législation interne prohibant les ventes liées par rapport au droit communautaire. S'ensuit que la cour de cassation rejette la qualification de vente liée en ce sens qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au regard des critères de la directive.

Pour cela elle se fonde sur l'article 5 de la directive selon lequel une pratique est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur, en particulier lorsqu'elle est trompeuse ou agressive. Ainsi la cour confirme la décision d'appel en écartant le caractère agressif et trompeur de la pratique et que celle-ci ne contrevient pas aux exigences de la diligence professionnelle, elle conclut en affirmant que « cette offre laisse au consommateur toute liberté quant au choix de son opérateur ».

D'autre part, pour les sociétés demanderesse, ce mécanisme de double exclusivité tend vers un modèle économique en principe anti concurrentiel, en effet « si les exclusivités simples sont fréquentes, le modèle dit de la double exclusivité [...] constitue, en revanche, un modèle économique inédit » et nouveau, prévu pour « verrouiller le marché de l'internet haut débit ». Selon les sociétés Free et Neuf Cegetel (SFR) ce mécanisme constitue un acte de concurrence déloyale « au préjudice des opérateurs concurrents et des consommateurs rendus captifs de l'opérateur historique » il y aurait une confusion dans l'esprit du consommateur et une tentative de captation de clientèle. Selon les sociétés concurrentes la pratique de vente subordonnée d'Orange est contraire « aux règles de la diligence professionnelle dans la mesure où elle contraint le consommateur à acheter un produit abondant pour accéder à un bien rare, qu'elle rend cette clientèle captive d'Orange FAI et constitue un détournement de clientèle au préjudice des opérateurs concurrents ».

Mais la Cour de cassation écarte cette argumentation et justifie sa décision au regard du principe de la libre concurrence. Il ne s'agit que du jeu « normal » de la concurrence entre fournisseurs d'accès internet, celui de détenir l'offre la plus attractive possible sur le marché, soit par « la mise en place de services innovants soit par l'acquisition de droits exclusifs sur des contenus audiovisuels cinématographiques ou sportifs » et « que l'exclusivité d'accès à la chaîne Orange sports [...] n'était pas de nature à compromettre sensiblement l'aptitude du consommateur ».

Ainsi la cour de Cassation ne voit en cette double exclusivité aucune pratique anti concurrentielle. Il ne s'agit que d'une pratique qui anime le marché de la concurrence et le consommateur ne se trouve être trompé ni dans son jugement ni dans « sa



démarche d'appréciation ». Par conséquent la Cour valide la notion de double exclusivité d'Orange.

Cependant il faut nuancer cette décision au regard de l'avis de l'Autorité de la concurrence du 7 juillet 2009, portant sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services audiovisuels. En effet ce mécanisme a pour conséquence d'entraîner une restriction des choix du consommateur et *a fortiori* une restriction de sa liberté, de plus la haute autorité fait le constat d'une nécessaire intervention du législateur en vue d'une harmonisation et d'un encadrement rigoureux de ces pratiques de double exclusivité.

Elles doivent ainsi rester exceptionnelles c'est à dire strictement limitées dans leur durée et aux services innovants. On peut sur ce point discuter du caractère innovant des contenus *premium* ici l'offre d'accès à un match de ligue 1.

Face à cette confusion des législations et cette déformation économique du marché, une intervention législative demeure incontestable où le modèle de l'auto distribution se révélerait être la réponse à l'équilibre recherché entre le droit communautaire et le droit de la concurrence.

Amandine Carmona  
Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
UPCAM-IREDIC 2010

n° 68

## NOTE DE JURISPRUDENCE – PRESSE

**COUR DE CASSATION – CHAMBRE SOCIALE, 06 OCTOBRE 2010, SOCIETES HOLA ET PRESSE NOUVELLE ACTUALITES**

**Mots clefs : journaliste – contrat de travail – salarié – présomption de salariat – lien de Subordination**

**Faits :** Une journaliste professionnelle saisit la juridiction prud'homale. Elle soutient avoir été victime d'un licenciement abusif de la part des sociétés avec qui elle a collaboré et invoque, pour cela, l'existence d'un contrat de travail et d'une collaboration continue et répétée avec les sociétés mises en cause.

**Procédure :** Il apparaît que la Cour d'appel de Paris a débouté la journaliste, le 19 juin 2008. Le raisonnement des juges du fond est critiqué par la Cour suprême. En effet, les juges de la Cour d'appel auraient inversé la charge de la preuve et exigé inutilement la fourniture d'une carte professionnelle de la part de la journaliste. Cependant, les juges du fond ont également discerné une absence de lien de subordination. C'est précisément cet argument qui nous intéresse ici.

**Problème de droit :** L'indépendance du journaliste professionnel dans son travail caractérise-t-elle une absence de lien de subordination à l'employeur pouvant mettre en échec la présomption de salariat prévue par l'article L 7112-1 du Code du travail ?

**Considérant de principe :** « [...] la cour d'appel a constaté que Mme X... Y... ne justifiait que de prestations occasionnelles ayant consisté, de mai 2002 à janvier 2003, en la vente aux deux sociétés de plusieurs reportages relatifs à six personnalités, qu'elle avait le libre choix des reportages qu'elle offrait à l'achat et qu'elle ne recevait aucune directive des entreprises de presse qui lui achetaient ses reportages ; qu'elle a pu en déduire que les deux sociétés avaient détruit la présomption attachée par l'article L. 7112-1 du code du travail à toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel ; que le moyen n'est pas fondé »

**Note :**

Le contrat de travail est une « convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération ».1

Une rupture abusive de ce contrat, de la part de l'employeur, pourra être qualifiée par le juge de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cette qualification donnera droit à une indemnité conséquente à l'ancien salarié lésé.

L'article L7112-1 du Code du travail nous indique que le contrat qui lie un journaliste à une entreprise de presse est présumé être un contrat de travail. Cette présomption de salariat subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération mais aussi quelle que soit la qualification donnée par les parties à la convention.

A la lecture de cette formulation, on imagine la situation du « pigiste », un journaliste, à l'origine, indépendant et rémunéré « à la pige ». Mais les entreprises de presse ont eu tendance à faire appel à des pigistes assez régulièrement, au point de leur donner des directives. C'était à l'époque, une tentative de contourner le Droit du travail. Et le 4 juillet 1974, une présomption légale de salariat est introduite par la loi CRESSARD. La charge de la preuve est donc attribuée à l'employeur. Et l'employeur peut renverser cette présomption de salariat. C'est exactement ce qu'il se passe en l'espèce. Il faut pour cela qu'il apporte des éléments prouvant l'absence de lien de subordination avec le journaliste.2 Le mode d'exercice de l'activité journalistique et le degré d'indépendance dont le journaliste dispose dans l'organisation de son travail sont des indices notoires. En l'espèce, Les juges confirment l'arrêt de la Cour d'appel en évoquant le libre choix des reportages que la journaliste offrait à l'achat et l'absence de directives des entreprises de presse qui lui achetaient ses reportages.

Nous avons des exemples antérieurs de décisions similaires ou s'inscrivant dans une même ligne jurisprudentielle.3 Cette décision n'est donc qu'une confirmation d'une jurisprudence déjà bien établie et abondante. Ce qui importe ici, c'est d'imposer des limites à la présomption de salariat. Nous sommes en présence d'un statut dérogatoire qui a pour but de protéger des travailleurs précaires comme certains pigistes. Mais il peut se révéler être très avantageux pour des journalistes indépendants dont le travail est apprécié et qui pourrait multiplier les liens contractuels requalifiés en contrat de travail.

De plus, ce système est une source de questionnement constant pour les employeurs. Ils ne peuvent pas forcément anticiper la qualification du contrat qui les lie au journaliste. Cette qualification résultant d'une situation de fait.

Ce dispositif, censé apporter une amélioration au statut de pigiste historiquement exploité, a provoqué une réaction inverse de la Cour de cassation. Au long de sa jurisprudence, elle a permis aux employeurs de mettre en échec la présomption de salariat en interprétant parfois les textes d'une manière qui ne fait pas l'unanimité.4 Ainsi, les solutions de la Cour de cassation à ce sujet sont souvent critiquées par les professionnels de ce secteur d'activité.

1 J.PELISSIER, A.SUPIOT, A.JEAMMAUD, Droit du travail, Dalloz, 2004, 22ème ed.

2 Cass. soc., 16 mars 1983, Société anonyme A.I.G.L.E.S. contre Mademoiselle Françoise et autres

3 Cass. soc., 1er février 1995, Sté Ouest France contre Coudurier ; Cass. soc., 12 mai 1998, Sté Ouest France contre Jaffre

4 L'ESSENTIEL Droit de la propriété intellectuelle, 01

Jean-Charles IZE

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
UPCAM-IREDIC 2011

n° 69

## NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

**COUR D'APPEL DE PARIS, POLE 5, CHAMBRE 2, 19 MARS 2010, SARL SAGA COMMUNICATION C/ CIE NATIONALE ROYAL AIR MAROC ET UNIVERSAL**

N° 08/21068

**Mots clefs : synchronisation – droit d'adaptation – contrefaçon – publicité – droits patrimoniaux – droit d'auteur – droit moral**

**Faits :** La Compagnie Nationale Royal Air Maroc fait réaliser un spot publicitaire utilisant le thème musical du film « Lawrence d'Arabie » composé par Maurice J. . L'autorisation des ayants-droits n'ayant pas été demandée, la compagnie aérienne est assignée en contrefaçon par la société Universal, sous éditeur de l'œuvre musicale en France. La société SAGA Communication qui avait réalisé le spot publicitaire en cause intervient volontairement à l'instance.

**Procédure :** En première instance, le tribunal de commerce de Paris fait droit aux prétentions de la société Universal et condamne in solidum les sociétés SAGA Communication et Compagnie Nationale Royal Air Maroc au versement de dommages et intérêts. Ces dernières interjettent appel. Ne pouvant nier les faits, la société SAGA Communication conteste la recevabilité de la demande de la société sous-éditrice au motif que le droit de synchronisation, prérogative du droit moral, ne pouvait être exercé que par l'auteur de l'œuvre. Pour elle, les droits patrimoniaux attachés à l'exploitation de l'œuvre ne peuvent être mis en œuvre qu'après que son utilisation à des fins publicitaires soit autorisée par l'auteur. La société Universal conteste les conclusions de la partie appelante au motif que la destination de l'œuvre ayant été modifiée, celle-ci relève du droit d'adaptation, droit patrimonial que l'auteur peut céder.

**Problème de droit :** l'exercice des droits patrimoniaux d'une œuvre par son titulaire en cas d'adaptation non autorisée est-elle subordonnée à l'accord préalable de l'auteur au titre de son droit moral ?

**Considérant de principe :** [...] *Considérant que le droit d'adaptation procède du droit de reproduction et relève donc des droits patrimoniaux ; Que l'auteur peut en disposer et le céder expressément ; Considérant que pour autant, l'adaptation et plus spécialement l'incorporation, comme en l'espèce, d'une œuvre musicale dans un film publicitaire met en jeu le respect dû à l'œuvre et donc le droit moral dont l'auteur demeure seul investi ; Que la nécessité de recueillir l'autorisation de l'auteur n'affecte pas la qualification patrimoniale du droit d'adaptation mais seulement son exercice ; [...]*

**Note :**

Depuis plusieurs années, la question de la reconnaissance d'un « droit de synchronisation » a fait particulièrement débat en jurisprudence. Absent du code de la propriété intellectuelle français, ce droit d'autoriser l'incorporation d'une œuvre musicale préexistante dans un film ou une autre œuvre audiovisuelle est pourtant largement consacré dans la plupart des pays que ce soit par loi ou par la jurisprudence. Face à ce flou juridique, des tentatives jurisprudentielles ont été amorcées. C'est dans cette démarche que l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 mars 2010 s'inscrit. En l'espèce, la Compagnie aérienne Royale Air Maroc avait demandé à la société SAGA Communication de réaliser un spot publicitaire. Pour sonoriser ce dernier, la société utilise, sans l'autorisation des ayants-droits, le thème d'une musique de film préexistant sous édité en France par Universal.

La Cour d'Appel confirme le caractère contrefaisant du spot publicitaire et la recevabilité de l'action d'Universal. Pour arriver à cette solution, la Cour d'Appel de Paris va effectuer un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, elle va rapprocher l'hypothétique notion de « droit de synchronisation » au droit d'auteur français. Suivant le raisonnement de la société sous éditrice, la juridiction du second degré va considérer que la sonorisation du spot publicitaire avait « nécessité de légères modifications [de] l'œuvre [...] notamment [quant] à son orchestration, caractérisant une adaptation de celle-ci ».

Par cette analyse, les juges du fond visent implicitement l'article L122-4 du Code de la propriété intellectuelle qui consacre le caractère patrimonial du droit d'adaptation. Ce dernier étant assimilé au droit de reproduction, « l'auteur peut [donc] en disposer et le céder expressément ». En l'espèce, les droits patrimoniaux sont détenus par la société Universal. C'est donc à bon droit que cette dernière a entendu agir en contrefaçon. Mais qu'en est de l'exercice de ce droit d'adaptation ? Selon la société SAGA Communication, le titulaire des droits patrimoniaux sur une œuvre peut exercer ses prérogatives « mais seulement après que son utilisation à des fins publicitaires [ait] été autorisée par l'auteur ». Cette conception n'est pas partagée

par les juges du fond. En effet, la Cour d'Appel, bien qu'admettant la possibilité à l'auteur de l'œuvre de mettre en jeu son droit moral au titre du respect dû à son œuvre<sup>1</sup>, ne reconnaît pas pour autant le caractère impératif de l'autorisation de l'auteur sur l'exercice des droits patrimoniaux de la société sous éditrice.

Les juges du fond indiquent en effet que « la nécessité de recueillir l'autorisation de l'auteur n'affecte pas la qualification patrimoniale du droit d'adaptation mais seulement son exercice ».

Par ce considérant, la Cour d'Appel de Paris s'inscrit dans la même lignée que ses prédécesseurs<sup>2</sup>. A l'instar de l'arrêt *TPS Sport c/ Mirways* de la Cour d'Appel de Versailles du 15 mai 2008, elle confirme la position jurisprudentielle dominante qui ne reconnaît au droit de synchronisation « aucune existence légale » dans le sens où ce dernier « ne se distingue pas du droit de reproduction ».

La tentative d'application d'un droit de synchronisation par le droit moral de l'auteur est ainsi en l'espèce inopérante.

On peut cependant reprocher à cet arrêt le postulat selon lequel toute adaptation d'une œuvre met en jeu systématiquement le droit moral de l'auteur. Longtemps tolérée en jurisprudence<sup>3</sup>, cette affirmation tend aujourd'hui à être nuancée. Selon la Cour d'Appel de Paris du 23 janvier 2004, l'incorporation d'une œuvre musicale dans une œuvre audiovisuelle ne porte pas en soi atteinte au droit moral. Dès lors, il faudra démontrer que l'œuvre a fait l'objet de modifications, d'altérations affectant l'esprit de cette dernière ou portant atteinte à la réputation de l'auteur. Dans tous les cas de figure, le titulaire des droits patrimoniaux pourra agir seul en contrefaçon pour défendre ses prérogatives, l'exercice de ses droits n'étant pas subordonné à l'autorisation de l'auteur au titre de son droit moral.

Patrick Anjos Torgal  
Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
UPCAM-IREDIC 2011

n° 70

## NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

**COUR D'APPEL DE PARIS POLE 5, CHAMBRE 4 ARRET DU 17 NOVEMBRE 2010 RUE DU COMMERCE / OMNISOFT MULTIMEDIA ET AUTRES****Mots clefs : concurrence déloyale – captation de clientèle – redevance pour copie privée – obligation d'information – conditions générales de vente – consommateur – taxe SACEM**

**Faits :** Il s'agit d'un litige opposant une société française, spécialisée dans la vente à distance de produits informatiques, avec des sociétés étrangères européennes ayant une activité similaire. Le litige porte sur une distorsion de la concurrence du fait d'une réglementation différente entre les pays de l'Union Européenne. Ces dernières ne sont pas redevables de la redevance pour copie privée. La situation du marché entre la société française et les autres est inégale.

**Procédure :** La société française saisit le Tribunal de commerce de Bobigny en 2005 afin que les sociétés étrangères insèrent dans leurs conditions générales de ventes une information claire à destination de la clientèle française indiquant expressément les redevances, rémunérations et taxes dues à l'acquisition intra communautaire en France de supports vierges d'enregistrement. Elle demanda que la publicité à destination du public français n'indiquant pas, de façon claire et explicite, l'obligation, pour l'acquéreur situé en France, d'acquitter la rémunération pour copie privée, et l'indication, par produit, de son montant soit précisée. Dans un jugement du 15 septembre 2005 le TC de Bobigny donna raison à la société française. La juridiction reconnue qu'il y avait bien à l'encontre de la société demanderesse un préjudice économique causé par des actes concurrentiels déloyaux fondé sur un défaut d'information à l'encontre du client français.

Les sociétés défenderesses saisirent la Cour d'Appel de Paris. Elle infirma le jugement. Les sociétés étrangères n'étaient pas redevable de la rémunération pour copie privée au titre de la lecture combinée des articles L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle et 3° du I de l'article 256 du code général des impôts. Elles n'avaient pas d'obligation légale d'information dans le cadre de leurs activités.

Un pourvoi en cassation fut formé par la société française pour contester la non redevabilité des sociétés étrangères au titre de la redevance pour copie privée, et pour le rejet de l'imposition dans les conditions générales de vente d'information à destination de la clientèle française. La Haute Cour cassa l'arrêt de la CA de Paris sur la question du défaut d'information du cyberconsommateur. Elle dit qu'elle n'a pas su tirer les conséquences légales de ces propres conclusions sur le défaut d'information et la captation de la clientèle, ce qui constitue une distorsion de la concurrence. Elle renvoya la question du défaut d'information devant une autre chambre de la CA de Paris.

**Problème de droit :** la CA de Paris a dû déterminer si l'absence d'information dans les conditions générales de ventes, à destination du public français était constitutive d'une distorsion de concurrence par une captation de clientèle.

**Considérant de principe :** « *Considérant que la méconnaissance d'une obligation légale ayant une incidence sur la concurrence constitue un acte positif de concurrence déloyale ; qu'en l'espèce, les sociétés concernées ne pouvaient, ni en tous cas ne devraient, ignorer ni le droit français de la consommation, ni l'existence de la redevance pour copie privée ; qu'il s'ensuit que la Cour ne peut que confirmer le jugement quant à l'injonction d'insertion dans les conditions générales de vente (...)* »

**Note :**

Le commerce électronique portant sur les appareils de stockage informatique est soumis, en France et dans certains pays de l'Union Européenne à une redevance particulière : la rémunération pour copie privée. Le commerce en ligne européen est soumis à de fortes pressions économiques, et réglementaires. Cela conduit à des distorsions de concurrence.

C'est le cas de l'espèce en cause où un cybercommerçant français est victime d'actes de concurrences déloyaux. L'impact de la taxe est différent selon les pays de l'Union, ce qui modifie le prix de ces supports. Un consommateur français commandant en ligne auprès de ces personnes y verrait un avantage financier.

C'est cette situation de fait que la société française est venue contester. Suite à une longue procédure judiciaire, la Cour de cassation trancha la question dans son arrêt du 27 novembre 2008. Elle dit que le cybercommerçant étranger n'était pas redevable au titre de la redevance pour copie privée par défaut de qualité selon l'article L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle et 3° du I de l'article 256 du code général des impôts. Elle ajouta que cela n'était pas constitutif d'une concurrence déloyale. Cependant, elle cassa partiellement l'arrêt d'appel au motif que le cybercommerçant étranger avait une obligation d'information envers le consommateur français. Elle considéra le défaut de ces informations comme un acte de concurrence déloyale. On peut en déduire que cet acte est matérialisé par la captation de la clientèle du fait de ce manque d'information. L'arrêt en cause s'inscrit dans la solution de la Cour de cassation. Il reprend le principe que le consommateur français est soumis à l'obligation de payer cette redevance, et que s'il ne le fait pas, il est en situation de fraude. Le cybercommerçant étranger est tenu au titre des dispositions L 111-1 et L121-18 du code de la consommation et de l'arrêté du 3 décembre 1987. La Cour précise que même si les entreprises étrangères ne sont pas tenues par cette redevance, elles sont tenues d'informer le public français quand au montant total qu'il doit payer, en terme de prix et d'accessoires du prix. La redevance est un élément

du prix. L'arrêt pose l'idée que le vendeur aurait du connaître ces accessoires même s'il était étranger. Elle reconnaît ainsi que la méconnaissance de cette obligation légale d'information constitue un acte positif de concurrence déloyale. A ce titre, elle va tirer les conséquences légales de ces conclusions. Bien qu'il y ait une absence d'information, celle-ci n'est pas significative quand au préjudice subi par la société française. En effet, elle affirme que c'est dû à une différence de réglementation européenne sur le montant de la redevance pour copie privée. La répercussion sur le client n'est pas la même selon les pays. Elle condamne les sociétés étrangères au titre du préjudice moral et de l'image commerciale dont le manquement à cette obligation légale, à laissé supposer que la société française fût la seule responsable de la différence plus élevée de ses prix.

Cet arrêt soulève des considérations pratiques et juridiques très importantes. Il apparaît comme très complexe de faire respecter cette obligation par tous les cybercommerçants étrangers. De même, il semble que la situation à la base du litige : une différence de réglementation qui entraîne de fait une différence des prix, ne peut pas se résoudre juridiquement. L'arrêt de la CJUE du 21 octobre 2001 Padawan SL vs SGAE est venu préciser que la redevance pour copie privée ne pouvait s'appliquer mécaniquement à tous les supports d'enregistrement numérique.

Cet arrêt précise également que cette redevance est une compensation équitable, notion autonome du droit de l'Union Européenne. Mais les Etats restaient libres de déterminer la forme les modalités de financement et de perception ainsi que le niveau de cette compensation équitable. Les causes intrinsèques des distorsions de concurrences demeureront tant que l'harmonisation des règles applicables (directive 2001/29 du 22 mai 2001) à la copie privée ne sera pas améliorée.

Jeremy Ferrarin  
Master 2 droit des télécommunications  
UPCAM-IREDIC 2011



n° 71

## NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

**COUR DE CASSATION – CHAMBRE SOCIALE, 19 OCTOBRE 2010, MADAME MYRIAM X / S.A. LOWE STRATEUS***N° de pourvoi : 08-45.254***Mots clefs : Clause de cession globale des œuvres futures – contrat de cession – droits patrimoniaux – licenciement économique – œuvre collective – propriété littéraire et artistique**

**Faits :** Madame Myriam X réalise de multiples créations publicitaires pour la société LOWE STRTEUS en tant que directrice artistique internationale « senior ». Celle-ci est licenciée le 17 septembre 2003 pour motif économique par son employeur. La salariée saisit alors la juridiction prud'homale de Paris de demandes salariales et indemnitaires notamment pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour violation de l'ordre des licenciements.

**Procédure :** Le conseil de Prud'hommes de Paris rejette la demande de Myriam X. Celle-ci interjette appel devant la Cour d'appel de Paris et ajoute au titre de ses demandes la nullité du licenciement en raison d'une discrimination liée à l'âge ainsi que le paiement de dommages-intérêts pour violation de la priorité de réembauche. La juridiction du second degré confirme le jugement de première instance par un arrêt rendu le 7 octobre 2008. Madame Myriam X forme donc un pourvoi en cassation et invoque en l'espèce, cinq moyens de droit.

**Problème de droit :** Au vu de ce qui nous intéresse particulièrement, à savoir la propriété littéraire et artistique, nous aborderons exclusivement le cinquième moyen allégué par la demanderesse qui vise à obtenir une indemnité tenant à la nullité d'une clause de cession globale des droits présente dans son contrat de travail.

Un salarié qui participe à l'élaboration de plusieurs œuvres collectives successives dans le cadre de son contrat de travail peut-il revendiquer l'application de l'article L.131-1 du CPI qui prohibe la cession globale d'œuvres futures ?

**Considérant de principe :** *«Attendu, enfin, que MmeX... fait grief à l'arrêt de la débouter de la demande indemnitaire formée au titre de la nullité de la clause de cession globale des droits, alors, selon le moyen, qu'aux termes de l'article L.131-1 du code de la propriété intellectuelle, la cession globale des œuvres futures est nulle ; la mention d'une telle clause dans un contrat de travail cause nécessairement un préjudice au salarié ; qu'en décidant au contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; Mais attendu que la cour d'appel a retenu, par motifs adoptés, que les créations publicitaires réalisées avec le concours de MmeX... présentaient un caractère collectif ; qu'elle en a justement déduit que celle-ci ne jouissait d'aucun droit personnel sur ces œuvres ; Que le moyen n'est pas fondé ; PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi »*

**Note :**

La vision personnaliste de notre cadre juridique en matière de propriété littéraire et artistique protège nettement l'auteur d'une œuvre de l'esprit qui envisage de céder ses droits patrimoniaux. A ce titre, le CPI est particulièrement exigeant envers le cessionnaire qui conclut un contrat de cession des droits sur une œuvre originale.

L'article L.131-1 du CPI qui nous intéresse ici très directement pose le principe selon lequel « la cession globale des œuvres futures est nulle ».

La rédaction laconique de cette disposition rend son application très peu aisée pour les juges. La doctrine majoritaire prohibe aujourd'hui l'indétermination de la cession des droits patrimoniaux mais la qualification de « cession globale d'œuvres future » n'est pas de toute évidence notamment lorsque le recourt à une clause prévoyant plusieurs cessions de droits est inévitable. En effet, quand une structure importante embauche un auteur pour la réalisation de plusieurs œuvres successives, la multiplication des contrats peut devenir gênante pour l'employeur. Cette problématique donna lieu à un arrêt du 28 novembre 1991 dans lequel la Cour d'appel de Lyon a validé une clause de cession d'œuvres futures intégrée dans un contrat de travail. Dans cette décision, la juridiction du second degré émet pour la première fois l'hypothèse selon laquelle serait autorisée la clause prévoyant une cession automatique des droits sur les œuvres créées par un salarié au cours de son contrat de travail.

On voit clairement au travers de cette jurisprudence que la protection de l'auteur a ses limites malgré notre vision très personnaliste en la matière. Cette décision n'a cependant jamais été soumise à la Cour de cassation.

En ce qui concerne la décision en présence, il s'agissait pour le juge de désigner dans un premier temps le régime juridique applicable aux œuvres publicitaires pour lesquelles la requérante est intervenue. Il s'agissait plus précisément de déterminer si celle-ci jouissait d'un droit personnel sur ses créations.

En qualifiant ces œuvres de collectives (entendues au sens de l'article L.113-2 alinéa 3 du CPI), la Cour d'appel estime à bon droit que la société LOWE STRATUS est à l'initiative des projets successifs auxquels a participé la salariée. A ce titre, les droits patrimoniaux afférents à ces œuvres sont directement conférés au représentant personne physique de la société (sans pour autant priver l'auteur de la possibilité d'exercer son droit moral sur sa participation aux œuvres).

Dans un second temps, il s'agissait pour le juge de déterminer si l'article L.131-1 du CPI était invocable par la salariée qui participe à des œuvres collectives.

C'est assez logiquement que la Cour de cassation rejette le fondement de Myriam X. En effet, la société étant seule propriétaire des droits patrimoniaux sur les œuvres, la salariée ne jouissait d'aucun droit personnel sur ces travaux.

Il convient cependant de noter qu'en ne justifiant sa décision que sous cet angle, la Haute juridiction laisse sans réponse la question de la validité des cessions automatiques des droits de propriété littéraire et artistique dans certains cas particuliers comme en l'espèce. Dans cet arrêt la chambre sociale a simplement insisté sur le fait que le régime de l'œuvre collective ne crée aucun droit personnel à l'initiative de la salariée et rend par la même l'article L.131-1 du CPI inopérant.

On peut espérer voir quelques précisions se manifester au vu de l'évolution du cadre juridique en la matière. La convergence du droit d'auteur et du copyright peut nous laisser penser à l'émergence progressive d'un régime spécial affecté aux auteurs salariés. On pense notamment à un rapprochement vers le statut particulier des agents publics, institué par la loi DADVSI du 1er août 2006.

Florian Freytag

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
UPCAM-IREDIC 2010

n° 72

## NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

**TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE DIGNE LES BAINS - 20 OCTOBRE 2010, PHILIPPE L. C/ L'AGITATEUR FLORAL ET A.****Mots clefs : bases de données – contrefaçon – usurpation d'identité – parasitisme – concurrence déloyale – droits du producteur – droit d'auteur – reproduction**

**Faits :** Le 25 juin 1999 la société Florajet embauche M. Thierry C. en qualité d'attaché commercial puis de directeur commercial. En 2007 M. C. est licencié pour cause réelle et sérieuse et sans clause de non-concurrence. Après trois mois Florajet découvre que M. C. a fondé une société concurrente la société L'Agitateur Floral alias Entrefleuristes. Philippe L. directeur de Florajet décide de poursuivre la société L'Agitateur Floral sur le fondement de la concurrence déloyale, de la contrefaçon de marque et de base de donnée.

**Procédure :** Philippe L. saisi le Tribunal de Grande Instance (TGI) de Digne-les-Bains sur le fondement de l'action en contrefaçon prévu aux articles 335-2 et suivant du code de la propriété intellectuelle (CPI). Le 21 janvier 2009 une ordonnance de référé ordonne une expertise pour vérifier le grief de contrefaçon de bases de données et de marque. Le 13 août 2009 l'expert rend son rapport qui montre que la structure des bases de données est différente. Cependant les fichiers qui ont été utilisés pour alimenter la base données de l'application Agitateur floral par recopie automatique à raison de 71% du fichier adhérents de Florajet et en raison de 35% du fichier prospects de Florajet. L'expert estime que le taux de similitude est anormalement élevé et caractérise une atteinte au producteur des bases de données de Florajet.

De plus le demandeur fonde une action en responsabilité civile prévue à l'article 1382 du code civil sur les agissements en concurrence déloyale de la part de M. C.

**Problème de droit :** L'absence de clause de non-concurrence exonère-t-elle d'une obligation de loyauté envers son ancien employeur ?

**Considérant de principe :** *«Attendu qu'il est manifeste que M. C. et son entreprise la société L'Agitateur Floral ont cherché par tous les moyens à créer un confusion en l'entreprise Florajet et la société L'Agitateur Floral, ont pratiqué un démarchage systématique et déloyal de la clientèle par cette confusion, ont usurpé à plusieurs reprises l'identité de Florajet auprès de nombreux clients, ont détourné le fichiers clients de Florajet, ont procédé à des manipulations de contrats et de conditions commerciales sur des contrats de clients Florajet, ont procédé à la copie servile des contrats et documents commerciaux Florajet, ont reproduit des manière servile les particularités originale de l'organisation Florajet, ont tenté un débauchage massif de personnels, ont usé et abusé de contrefaçon de bases de données, de contrefaçon de marque et de contrefaçon de droits d'auteurs ».*  
*«Attendu que l'addition organisée de toutes ces manœuvres déloyales de ces agissements parasitaires et de ces contrefaçons établissent la réalité d'une concurrence déloyale »*

**Note :**

En 2007 la société L'agitateur Floral s'est rendue responsable de plusieurs agissements en concurrence déloyale en commettant des manœuvres déloyales et parasitaires ainsi que des actes de contrefaçon.

Le TGI de Digne-les-Bains va tout d'abord retenir les griefs de manœuvres déloyales et parasitaires. Il s'agit en l'espèce d'une usurpation à plusieurs reprises de l'identité de Florajet auprès de nombreux clients, du détournement des fichiers clients, de la tentative de débauchage d'une grande partie du personnel de Florajet, de la copie des contrats et documents commerciaux de Florajet. Tous ces agissements sont selon la jurisprudence des actes constitutifs de manœuvres déloyales comme le rappelle entre autres l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 octobre 1985. C'est au titre de la responsabilité civile prévue à l'article 1382 du code civil que ces agissements sont sanctionnés.

La décision du TGI de Digne-les-Bains rappelle la possibilité de cumuler une action en concurrence déloyale et en contrefaçon. C'est un principe jurisprudentiel que la cour de cassation a posé : « *le cumul de l'action en contrefaçon et en concurrence déloyale est recevable, dès lors que l'action en concurrence déloyale se fonde sur des faits distincts de ceux constituant la contrefaçon* ». En l'espèce c'est l'expertise qui atteste de la distinction de l'ensemble des griefs formulés par les demandeurs.

L'article L.342-1 du CPI protège le producteur de bases de données au titre du droit d'auteur. De plus un arrêt du Tribunal de commerce de Nanterre du 14 mai 2004 vient préciser que l'extraction et l'utilisation par un ancien salarié d'une partie du contenu d'une base de données renfermant les fichiers clients d'une entreprise constituent des actes de contrefaçons.

Ici Le rapport de l'expert montre que même si la structure des bases de données diffèrent, les

fichiers qui alimente les deux bases de données sont similaires à 71% pour les fichiers clients et 35% pour les fichiers prospects. Ce taux de similitude est selon l'expertise « *anormalement élevés et caractérisent une atteinte au producteur de la base de données de Florajet* ». Sur la contrefaçon de marque, ici encore c'est la jurisprudence qui vient fixer les critères constitutifs d'une contrefaçon.

Cela repose essentiellement sur la preuve du risque de confusion entre la marque contrefaisant et la marque contrefaite. Pour les juges dignois le dépôt du nom de domaine < *www.entrefleuriste.com* > et la marque « *entrefleuriste.com l'artisan de la livraison florale* » dans le même domaine d'activités que « *Florajet le premier réseau en fleuristes* » manifeste une imitation grossière d'un élément déterminant de la marque. Il y a donc un risque de confusion sachant notamment que la société Florajet est titulaire d'une licence d'exploitation exclusive. La contrefaçon de marque est donc retenue. Le TGI a retenu la quasi totalité des griefs contre M. C. démontrant ainsi que malgré l'absence de clause de non-concurrence l'ensemble des agissements de défendeur sont constitutifs « *de la réalité d'une concurrence déloyale* ».

Cependant concernant le montant des réparations réclamées par les demandeurs le Tribunal a constaté que les éléments produits par ceux-ci ne permettent pas de « *chiffrer le préjudice réel et certain* ». Par conséquent une deuxième expertise est en cour pour évaluer l'importance du préjudice subi et le montant des dommages et intérêts. En attendant la société L'Agitateur Floral a interdiction sous astreinte d'utiliser de façon directe ou indirecte l'ensemble des fichiers et documents commerciaux de la société Florajet ainsi que le nom de domaine et les noms commerciaux litigieux.

Thomas Frinchaboy

Master 2 Droit des médias et des télécommunications UPCAM-IREDIC

n° 73

## NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

**THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 13 DÉCEMBRE 2010, COSTCO WHOLESALE CORPORATION VS OMEGA S.A.**  
Case n°08-1423

**Mots clefs :** *copyright* – *first sale doctrine* – violation – marchandises importées – première vente – vente internationale- ventes successives

**Faits :** La société Costco, une chaîne de distribution basée aux Etats-Unis, fait l'acquisition de montres de marque auprès d'une autre société américaine. Ces montres, issues d'une vente antérieure entre une société américaine et le fabricant suisse Omega, vont ensuite être mise en vente au public par la société de chaîne de distribution. Le fabricant Suisse va alors intenter une action en justice contre cette société en alléguant que l'acquisition et la vente de ces montres constituent une violation du *copyright* les protégeant.

**Procédure :** L'affaire arrive devant la *Northern district court of California* où la société Costco va plaider la *first sale doctrine*, une exception contenue dans le *copyright act* de 1976 qui limite les droits des détenteurs du *copyright* à la première vente du bien protégé par ce droit. Le jugement de première instance valide ce raisonnement et condamne en conséquence la société Omega qui va interjeter appel de cette décision devant la *United States court of appeals for the ninth circuit*. Cette dernière infirme la solution retenue en première instance par une décision du 3 septembre 2008 et estime que l'application de la *first sale doctrine* ne peut être retenue lorsque l'œuvre litigieuse n'a pas été produite sur le sol américain. La société Costco va dès lors saisir la Cour suprême fédérale qui va déclarer l'affaire recevable en avril 2010.

**Problème de droit :** La *first sale doctrine* permet-elle de vendre aux Etats-Unis des produits protégés par un droit de *copyright* achetés hors du territoire américain lors d'une vente précédente sans l'accord des ayants droit étrangers ?

**Considérant de principe :** « *Justice Ginsberg asked Mr. Panner what policy Congress could have had in mind to give this different status to foreign-made goods than to U.S. made goods, and Mr. Panner's answer, and Mr. Stewart said something similar, was that in one respect Congress is disfavoring foreign goods under their interpretation by making them harder to import. That's not true. Under both of their theories, as long as the manufacturer chooses to authorize importation, which is Omega's test, or as long as an authorized first sale takes place in the United States, then the first sale doctrine does apply. So the copyright holder has control under their theory and it's not harder to import the goods. In the briefs in this case you will not find anyone making any policy argument as to what Congress could have had in mind to favor foreign-manufactured goods* ».

**Note :**

Le *copyright*, notion de droit propre au pays de *common law*, désigne l'ensemble des prérogatives exclusives dont dispose une personne physique ou morale sur une œuvre de l'esprit originale. Aux Etats Unis, le *copyright act* du 19 octobre 1976 encadre les règles relatives au copright ainsi que ses exceptions, notamment celle de *first sale doctrine*. Selon le texte, cette exception éteint les droits du détenteur du copyright après la première vente de l'œuvre qui peut ainsi être revendue sans que l'autorisation du détenteur du copyright soit nécessaire. La *first sale doctrine* est au centre de la présente affaire qui oppose la société Costco à la société Omega. L'avocat de la société Costco a d'ailleurs mis en avant cette exception lors de l'audience, en indiquant que les faits de cette affaire sont similaires à ceux de l'arrêt *Quality king vs l'Anza* où la Cour suprême avait estimé que l'exception de *first sale* peut jouer dans le cas où un bien fabriqué aux Etats Unis, vendu dans un premier temps à l'étranger, est ensuite réimporté sur le territoire Américain. L'avocat de la société Costco plaide ainsi pour une interprétation stricte de l'exception de *first sale* afin qu'elle limite l'interdiction d'importer des biens soumis à un droit de copyright dans un pays autre que les Etats Unis, interdiction également présente dans le *copyright act*.

Ce raisonnement laisse le juge Scalia perplexe, car la *first sale doctrine* s'applique en principe pour des biens fabriqués aux Etats Unis alors qu'en l'espèce les montres ont été fabriquées en Suisse. Il estime ainsi que cette interprétation stricte de l'exception revient à priver les sociétés étrangères de leur droit de copyright sur le sol américain dans les cas de ventes successives.

L'avocat de la société Omega conteste également cette interprétation de l'exception, car elle omet une condition essentielle pour son application. Le *copyright act* vise en effet les œuvres reproduites

« conformément aux dispositions légales prévues par ce chapitre » (« *lawfully made under this title* »).

Le texte, ainsi que l'exception qu'il contient, seraient dès lors applicable aux seules œuvres produites sur le territoire américain. Les juges de la Cour Suprême réfutent à la quasi unanimité cet argument en précisant que le texte ne parle nullement de bien fabriqué aux Etats Unis mais de bien produit conformément aux conditions contenues dans le chapitre du *copyright act*. relatif à l'exception susvisée.

L'avocat représentant le gouvernement américain va pour sa part donner une interprétation plus technique de l'exception. En effet selon lui pour qu'une œuvre entre dans le champ de l'exception prévue par le chapitre relatif à la *first sale doctrine* (en référence à l'expression « *lawfully made under this title* »), elle doit nécessairement être produite aux Etats Unis mais également être « *vendue dans un certain courant commercial* » qui délimite l'application territoriale de cette exception. La *first sale doctrine* serait ainsi applicable dans le seul pays où a lieu la première vente. Malgré le doute exprimé quand à la validité de cette théorie par le juge Breyer, les juges de la Cour Suprême semblent tout de même adhérer à cette conception de l'exception de *first sale doctrine*. La décision d'appel interdisant l'application de cette exception aux œuvres produites à l'étranger est ainsi confirmée. Il faut toutefois préciser que la décision est confirmée par une Cour divisée (4 voix contre 4, le juge Kagan ayant été récusée), il faudra donc attendre une nouvelle décision où la majorité des juges sera unanime pour que cette décision face complètement jurisprudence aux Etats Unis.

Renaud Bobéda  
Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
UPCAM-IREDIC 2011



n° 74

## ETUDE – TÉLÉVISION

Sous la direction de Hervé Isar  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

## CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL ET SERVICES DE MÉDIAS AUDIOVISUELS À LA DEMANDE

Par Boris Barraud

### UN CAMOUFLET ILLUMINANT UNE APORIE<sup>1</sup>

C'est un véritable camouflet que le CSA a infligé, le 27 septembre 2010, au Gouvernement. Pour la première fois depuis sa création par la loi du 17 janvier 1989<sup>2</sup>, la haute autorité de la tour Mirabeau a en effet choisi de signifier sa désapprobation à l'égard des choix effectués par le pouvoir exécutif en rendant un avis négatif au sujet d'un projet de décret. En l'occurrence, le couperet est tombé sur celui émanant du Ministère de la Culture et de la Communication et portant sur les services de médias audiovisuels à la demande (SMAD).

En quelques courtes années, la révolution du numérique et de l'Internet - car c'en est une, au même titre que la découverte du feu ou l'invention de la roue - a totalement bouleversé les modes de vies, les façons de penser et les habitudes de travail des contemporains de Steve Jobs et Bill Gates. Ce constat se révèle particulièrement patent en matière culturelle, des modes de création jusqu'aux questions juridiques de propriété littéraire et artistique.

Qu'il s'agisse de musique, d'arts plastiques, de cinéma, de jeu vidéo ou encore de littérature, rien ne sera jamais plus comme avant et les milieux concernés le savent trop bien.

En même temps que ces chamboulements constituent une opportunité incontestable et extraordinaire pour la diffusion des savoirs et la transmission du patrimoine, ils revêtent également un habit sombre et synonyme d'inconnu qui oblige les industriels de ces secteurs - mais aussi politiques et juristes - à faire montre d'une âpre vigilance et d'un intérêt de tous les instants afin de ne pas manquer le virage de la dématérialisation totale, celui qui marquera définitivement le fait que

<sup>1</sup> V. *infra*, introduction partie II, p. 19.

<sup>2</sup> Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JO n° 15 du 18 janvier 1989, pp. 728 à 733.

l'an 2000 n'aura pas seulement consacré le passage d'un millénaire à l'autre, mais aussi et surtout le passage d'une civilisation à l'autre.

Les enfants du numérique ont pris le pouvoir, progressent de manière exponentielle jusqu'à bientôt s'imposer sur la planète entière ; et quiconque manquerait leur train risquerait de demeurer *ad vitam æternam* à quai. En conséquence, les modèles économiques muent inexorablement. Plutôt que tenter d'empêcher ou freiner cette évolution - ce qui relève d'une utopie inefficace -, il s'agit de l'encadrer au mieux, permettre qu'elle ne se fasse au préjudice de rien ni personne.

Une vision totalement libérale du marché mènerait à imaginer que la pérennité du financement de la création pourrait être assurée par l'ensemble des acteurs du monde numérique, capables d'œuvrer de concert en ce sens et de s'autoréguler loyalement. Mais en nul endroit de la Terre - et notamment pas en France - l'on se laisse attirer par une telle démarche. Le corollaire à l'avènement de cette société de l'information est donc le besoin de réguler ces nouveaux cadres économiques, en particulier par la fiscalité mais également par l'imposition de quotas aussi divers que variés.

Ainsi, le Ministre de la Culture et de la Communication Frédéric Mitterrand constate : « la décennie numérique qui s'achève nous a obligés à constamment moderniser et réinventer notre réglementation »<sup>3</sup>.

L'une des dernières mais aussi des plus prégnantes illustrations de ce changement d'univers, des problématiques insolubles qu'il soulève et des difficultés du pouvoir politique à les

<sup>3</sup> Discours du ministre de la culture et de la communication Frédéric Mitterrand lors du colloque 2010 des Nouveaux Paysages Audiovisuels (NPA), disponible sur <http://www.culture.gouv.fr/mccc/Espace-Presse/Discours/Discours-de-Frederic-Mitterrand-ministre-de-la-Culture-et-de-la-Communication-prononce-a-l-occasion-du-colloque-NPA-Nouveaux-Paysages-Audiovisuels-Les-equilibres-contenus-reseaux-de-la-premiere-decennie-numerique>.

appréhender<sup>4</sup> est le décret par lequel le Gouvernement fait œuvre de droit au sujet des SMAD et qui sera au cœur des développements à venir. L'enjeu est de taille : on estime qu'au crépuscule de 2011, plus du tiers des programmes sera consulté au moyen d'un service délinéarisé<sup>5</sup>.

Les SMAD incarnent en effet le nouveau défi que la sphère cinématographique et audiovisuelle française est contrainte de relever ; elle qui, jusqu'à présent, a toujours su se tirer remarquablement des dangers afférents aux nouvelles technologies, notamment parce que épaulée par des politiques publiques d'une prescience remarquable.

La chronologie des médias - traditionnellement en trois temps : sortie dans les salles obscures, sortie en vidéocassettes (puis DVD), diffusion à la télévision - se voit hautement altérée, sa pertinence allant même jusqu'à être mise en doute. Concomitamment, y réside une chance inouïe de rencontrer leurs publics pour des films évincés du box-office après la fameuse première semaine d'exploitation ou qui, tout simplement, ne possèdent pas un budget suffisamment fourni pour espérer une exploitation en salles fructueuse<sup>6</sup>.

En s'intéressant aux SMAD, on s'intéresse donc à un secteur devenu essentiel et qui focalise aujourd'hui l'attention des communautés de la production cinématographique et audiovisuelle. Aussi plusieurs chantiers - tels que la mission Zelnik<sup>7</sup> ou la mission conduite par la Conseillère d'État Sylvie Hubac sous l'égide du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNCIA)<sup>8</sup> - ont été

<sup>4</sup> Un exemple parmi tant d'autres serait le récent refus du fournisseur d'accès à Internet (FAI) Free d'envoyer les mails d'avertissement de la HADOPI, malgré la pression tout à la fois des autres FAI, du Ministre de la Culture et de la Communication ainsi que des syndicats des producteurs d'œuvres.

<sup>5</sup> V. « La télévision est morte, vive la télévision ! » in *Écran Total*, 25 mars 2009 ; MONTELS (B.), « Un an de droit de l'audiovisuel » in *Communication Commerce Électronique*, n° 6, juin 2009, chron. 6.

<sup>6</sup> Par exemple, aux États-Unis, le film *Two Lovers* de James Gray, qui n'était sorti que dans quelques salles de New-York et Los Angeles, a pu doubler ses recettes du fait d'une exploitation en V&D concomitante.

<sup>7</sup> La mission « Création et Internet » a ainsi préconisé, entre autres, l'application d'un principe d'accès non discriminatoire des SMAD aux réseaux de distribution.

<sup>8</sup> Véronique Cayla, Présidente du CNCIA, a confié en 2010 une mission à Sylvie Hubac sur les développements des SMAD. Celle-ci préconise par exemple la mise en œuvre d'un principe de rémunération minimale garantie par le Code du cinéma et de l'image animée pour l'exploitation des films de cinéma. En outre, une aide

récemment menés afin de préciser le cadre juridique et économique de ces nouveaux services qui, par définition, s'avèrent insusceptibles d'entrer dans les lignes déjà tracées et dont on ignore la plupart des atouts.

Dans un univers des communications électroniques où l'illégal est désormais maître mot - tant et si bien que le manichéisme jusqu'à présent roi a été renversé par un effroyable brouillard au sein duquel on ne distingue plus le vrai du faux, le bien du mal, ni le légal de l'illégal - et la gratuité qui l'accompagne inexorablement est à portée de « clic », la grande priorité et le chantier principal résident évidemment en la promotion et le développement d'une offre légale acceptable et satisfaisante pour tous.

Mais cet équilibre instable est difficilement atteignable tant les intérêts en présence se révèlent fort souvent totalement antinomiques et conflictuels.

Le projet de décret ici en cause doit permettre la mise en application de la loi du 5 mars 2009<sup>9</sup> en créant un régime spécifique aux SMAD de soutien à la production et de promotion des œuvres européennes et d'expression originale française, ainsi qu'un cadre réglementaire des communications commerciales adapté à ces nouveaux services. L'intérêt est donc de les insérer de la façon la plus indolore qui soit dans le champ des contributeurs au financement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles, suivant l'exemple des chaînes de télévision.

Pourrait être avancée une définition élargie des SMAD. Cependant, seuls ceux « de type télévisuel », qui par leurs caractéristiques entrent en concurrence avec les services linéaires, sont juridiquement concernés.

Les SMAD correspondent à la télévision de rattrapage (TVR)<sup>10</sup> et à la vidéo à la demande (V&D) pour laquelle il est important de distinguer selon qu'elle est accessible par abonnement ou à l'acte. Ladite loi les définit comme tout « service de communication au public par voie électronique<sup>11</sup>

sélective a été mise en place en 2008 (elle est dotée en 2010 de 3 milliards d'euros).

<sup>9</sup> Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision ; v. DALEAU (J.), « Une loi controversée », obs. in *Dalloz actualité*, 20 janvier 2009.

<sup>10</sup> Proposés par les éditeurs de services de télévision, ces services permettent d'offrir à la demande une nouvelle mise à disposition des programmes diffusés.

<sup>11</sup> Selon l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986, « on entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de

permettant le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur sa demande, à partir d'un catalogue de programmes dont la sélection et l'organisation sont contrôlées par l'éditeur de ce service<sup>12</sup>. Contrairement aux services de télévision traditionnels et historiques, le visionnage de programmes n'est donc pas exercé simultanément par un nombre indéterminé d'usagers passifs. Cette différence entre services linéaires et non linéaires est le critère fondamental à rechercher.

En outre, sont exclus du champ de cette définition « les services qui ne relèvent pas d'une activité économique au sens de l'article 256 A du Code Général des Impôts<sup>13</sup> (c'est-à-dire les sites personnels tels les blogs ou émanant de personnes non assujetties à la TVA) et ceux dont le contenu audiovisuel est secondaire ».

En tant que « services de communication audiovisuelle », les SMAD se voient appliquer - au même titre que les services de radio et de télévision - les principes énoncés aux articles 1<sup>er</sup> et 3-1 de la loi Léotard<sup>14</sup>. Les éditeurs doivent en conséquent respecter la dignité de la personne humaine et le caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, oeuvrer à la protection de l'enfance et de l'adolescence et au développement de la production audiovisuelle nationale, offrir une programmation de qualité et reflétant la diversité de la société française, veiller à l'emploi de la langue française<sup>15</sup>. Ainsi, les SMAD n'ont jamais formé une zone de non droit et un certain nombre de dispositions légales leur sont applicables.

La loi du 5 mars 2009 transpose en droit interne la directive Services de Médias Audiovisuels (SMA) du 11 décembre 2007<sup>16</sup>, laquelle avait révisé

public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée ». Cette définition désigne les services de communication audiovisuelle (communication de point à multipoint) et les services de communication au public en ligne (communication de point à point) et exclut en revanche les activités téléphoniques, courriels et sms.

<sup>12</sup> PE et Conseil UE, directive SMA, art. 1er g. ; Loi n° 86-1067, 30 septembre 1986, art. 2 nouveau.

<sup>13</sup> Art. 256 A du CGI.

<sup>14</sup> Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009.

<sup>15</sup> V. HAQUET (Ch.), « Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision », in *Communication commerce électronique*, n° 4, Avril 2009, étude 8.

<sup>16</sup> PE et Conseil UE, directive n° 2007/65/CE, 11 décembre 2007 modifiant la directive n° 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives

pour la seconde fois<sup>17</sup> la directive Télévision Sans Frontières (TSF) du 3 octobre 1989<sup>18</sup>. L'une des principales innovations du nouveau texte consiste en la prise en considération, pour la première fois, des services non linéaires. Le critère de distinction défini ici est *a priori* simplissime : « la faculté de choix et de contrôle que l'utilisateur peut exercer »<sup>19</sup>. Les SMAD ne relèvent donc plus de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique<sup>20</sup>, tandis qu'il ne semble y avoir aucune difficulté à distinguer les services linéaires des services non linéaires.

Or cette distinction est - on le répète - fondamentale puisque les obligations minimales varient des uns aux autres. Les dispositions des articles 4 et 5 de la directive TSF<sup>21</sup> n'ont pas été étendues au SMAD. Ceux-ci se retrouvent assujettis aux règles spécifiques d'un chapitre II *ter* qui leur est exclusivement réservé. Ainsi, il est indiqué que les États membres veillent à ce que les SMAD soutiennent la production d'œuvres audiovisuelles ainsi que l'accès à ces dernières, au moyen d'une contribution financière à la production et à l'acquisition de droits, ou bien par l'affectation d'une part substantielle du catalogue de programmes aux œuvres d'origine européenne<sup>22</sup>. En outre, est expliqué que, si les

des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle : JOUE n° L 332, 18 décembre 2007, p. 27.

<sup>17</sup> PE et Conseil UE, directive n° 97/36/CE, 30 juin 1997 modifiant la directive n° 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 : JOCE n° L 202, 30 juillet 1997, p. 60.

<sup>18</sup> Conseil UE, directive n° 89/552/CEE, 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 : JOCE n° L 298, 17 octobre 1989, p. 23

<sup>19</sup> PE et Conseil UE, directive SMA, préc., consid. 16.

<sup>20</sup> Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

<sup>21</sup> Or la France, profitant des termes de l'article 3 impose des obligations plus strictes et détaillées : un quota de diffusion de 60 % d'œuvres européennes dont 40 % d'expression originale française, tandis que les obligations d'investissement des chaînes sont beaucoup plus élevées.

<sup>22</sup> PE et Conseil UE, directive SMA, préc., art. 3 *decies* 1 : « 1. Les États membres veillent à ce que les services de médias audiovisuels à la demande fournis par des fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence promeuvent, lorsque cela est réalisable et par des moyens appropriés, la production d'œuvres européennes ainsi que l'accès à ces dernières. Cette promotion pourrait notamment se traduire par la contribution financière apportée par ces services à la production d'œuvres européennes et à l'acquisition de droits pour ces œuvres, ou la part et/ou la place

États sont évidemment libres de prendre les mesures qui leur siéent le plus afin de remplir les objectifs imposés, ils doivent néanmoins tenir compte à la fois des conditions commerciales et technologiques existantes et de l'objectif de diversité culturelle, pierre angulaire du droit communautaire<sup>23</sup>.

En France en particulier - où l'industrie de la culture dépasse l'industrie automobile de 2,6 % du PNB et où l'Observatoire européen de l'audiovisuel dénombrait en 2007 l'existence de 27 services de VàD, soit le plus grand nombre d'Europe<sup>24</sup> - donner suite à ces exigences communautaires relevant d'un enjeu vital. Dans un espace des médias qui perd le consommateur au creux d'une multiplicité d'offres divers et variées, il s'agit effectivement d'orienter ce dernier de manière privilégiée en direction des contenus légaux<sup>25</sup>, mais également d'origine européenne et nationale. C'est la tâche à laquelle s'atèle la loi du 5 mars 2009<sup>26</sup> et les SMAD relèvent désormais des articles 33 à 33-2 et 43-7 à 43-10 de la loi du 30 septembre 1986<sup>27</sup>.

Mais encore fallait-il que le Gouvernement - le Ministère de la Culture et de la Communication et la direction générale des médias, de l'information et de la communication (DGMIC) en particulier - établisse l'acte réglementaire permettant son application. En effet, l'article 55 de ladite loi renvoie

importante réservée aux œuvres européennes dans le catalogue de programmes proposés par le service de médias audiovisuels à la demande ».

<sup>23</sup> PE et Conseil UE, directive SMA, préc., art. 3, § 10, al. 3.

<sup>24</sup> Observatoire européen de l'audiovisuel, « Cinéma et vidéo : vol. 3 », in *annuaire 2007*, p. 103.

<sup>25</sup> Le contexte économique, on le sait bien, est particulièrement dur et les industries du contenu doivent subir la concurrence de services en ligne constitués de pratiques amateurs, mais surtout le poids de la piraterie en ligne qui conduit à une véritable « destruction des valeurs ». Quelques chiffres sont particulièrement évocateurs : en 2007, aux États-Unis, la contrefaçon avait fait chuter les ventes de musique enregistrée de 20 % par rapport à l'an 2000 ; quant au fameux box office américain, il représentait moins de 20 % du chiffre d'affaires des studios hollywoodiens (en particulier en raison des pertes sur les ventes de DVD) et Disney avait dû supprimer près de 600 emplois tout en diminuant de 50 % sa production annuelle de films d'animation (v. KEEN (A.), *The Cult of the Amateur : How today's interest is killing on culture*, Doubleday, New York, 2007, p. 8-9).

<sup>26</sup> V. HAQUET (Ch.), « Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision » in *Communication commerce électronique*, n° 4, avril 2009, étude 8.

<sup>27</sup> Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009.

à un décret en Conseil d'État le soin de « définir des obligations adaptées à la nature particulière des services de médias audiovisuels à la demande et les exonérer de l'application de certaines des règles prévues pour les autres services »<sup>28</sup>. Les services en cause devaient donc bénéficier de régimes *ad hoc*, ce qui obligeait le pouvoir réglementaire à leur consacrer du temps et de l'intérêt.

Depuis le 14 novembre 2010, ce texte est entré en vigueur et relève du droit positif. Toutefois, son cheminement fut tout sauf « linéaire » et il dût surpasser les nombreux obstacles dressés sur sa route.

Sans surprise, les plateformes de VàD ont, dès le mois d'avril 2010, affiché une opposition de principe à tout projet de décret les astreignant à contribuer au financement des œuvres. Sous la pression immuable de ce lobby, le texte avait d'ailleurs été rapidement retouché<sup>29</sup> dans le sens d'une meilleure prise en considération de la relative

<sup>28</sup> Sont concernés les SMAD diffusés par voie hertzienne terrestre (art. 27) ou distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel tels que le câble, le satellite, l'ADSL (art. 33-2). Quant au contenu, il s'agit des règles applicables à la publicité, au télé-achat et au parrainage ; les dispositions propres à assurer le respect de la langue française et le rayonnement de la francophonie ; et pour les services mettant à la disposition du public des œuvres cinématographiques ou audiovisuelles : la contribution des éditeurs de services au développement de la production, notamment de la production indépendante, d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles ; les dispositions permettant de garantir l'offre et d'assurer la mise en valeur effective des œuvres cinématographiques et audiovisuelles, européennes et d'expression originale française ; les conditions dans lesquelles le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut suspendre provisoirement la retransmission des services de télévision relevant de la compétence d'un autre État membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen (art. 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée) ; les conditions dans lesquelles le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut suspendre provisoirement la retransmission des services de médias audiovisuels à la demande relevant de la compétence d'un autre État membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen (art. 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée) ; les conditions dans lesquelles est réputé être soumis aux règles applicables aux services établis en France un service de télévision ou un service de médias audiovisuels à la demande dont la programmation est entièrement ou principalement destinée au public français qui s'est établi sur le territoire d'un autre État membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans le but principal d'échapper à l'application de la réglementation française (art. 43-10 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée).

<sup>29</sup> Cela lors de sa présentation au mois de juillet 2010.

fragilité de ce secteur encore émergent.

Par ailleurs, afin que la rédaction se fasse d'une manière « réaliste et adaptée permettant de trouver un point d'équilibre entre la croissance du marché émergent des SMAD et la contribution de ces nouveaux services à la création et à la préservation de sa diversité »<sup>30</sup>, le Ministre Frédéric Mitterrand avait à faire preuve - outre le respect des dispositions de droit communautaire<sup>31</sup> - d'une grande minutie relativement à la procédure à respecter. Ainsi a-t-il recouru à plusieurs consultations publiques auprès des professionnels<sup>32</sup>, durant les mois de mai et juin 2010, tandis qu'un groupe de travail réunissant la DGMIC, le CNCIA et le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a été institué afin d'imaginer les règles les plus adaptées à ces nouveaux services.

Surtout, était requis un triple avis puisque, outre la Commission européenne, le CSA et le Conseil d'État devaient être consultés avant la promulgation du texte.

Ici, ce sera donc sur l'intervention de la haute autorité du quai André Citroën<sup>33</sup> que l'on se concentrera.

Le CSA est susceptible d'être saisi par le

<sup>30</sup> Discours du ministre de la culture et de la communication Frédéric Mitterrand lors du colloque 2010 des Nouveaux Paysages Audiovisuels (NPA), disponible sur <http://www.culture.gouv.fr/mcc/Espace-Presse/Discours/Discours-de-Frederic-Mitterrand-ministre-de-la-Culture-et-de-la-Communication-prononce-a-l-occasion-du-colloque-NPA-Nouveaux-Paysages-Audiovisuels-Les-equilibres-contenus-reseaux-de-la-premiere-decennie-numerique>.

<sup>31</sup> Le considérant 13 de la directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 prévoit que « les projets de mesures nationales applicables aux services de médias audiovisuels à la demande qui seraient plus détaillées ou plus strictes que les mesures requises pour la simple transposition de la présente directive devraient être soumis aux obligations de procédure visées à l'article 8 de la directive 98/34/CE » du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaines des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information. Le projet de décret devait donc en premier lieu faire l'objet d'une notification à la Commission européenne. En vertu du 1 de l'article 9 de la directive 98/34/CE une période de *statu quo* de trois mois devait en outre être respectée avant l'adoption définitive afin de permettre aux autres États membres ainsi qu'à la Commission européenne de faire part d'éventuelles remarques sur le texte.

<sup>32</sup> V. [http://www.dgmic.culture.gouv.fr/article.php3?id\\_artic le=1520](http://www.dgmic.culture.gouv.fr/article.php3?id_artic le=1520).

<sup>33</sup> Est ici fait référence à l'adresse parisienne du siège du CSA.

Gouvernement ou les Présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat de demandes d'avis ou d'études concernant l'ensemble des activités relevant de sa compétence. Notamment, « les avis du CSA sont sollicités sur :

les projets de loi sur l'audiovisuel ;

les projets d'actes réglementaires relatifs au secteur de la communication audiovisuelle, notamment les décrets concernant l'adoption des obligations concernant en particulier la publicité à la radio et à la télévision, la diffusion des films et des œuvres audiovisuelles, la contribution des télévisions à la production, ainsi que l'indépendance des producteurs à l'égard des diffuseurs »<sup>34</sup>.

Étant doté d'une compétence pour garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle, il relève de la logique même que le CSA voit son champ d'action élargi aux SMAD. Ainsi, par exemple, l'autorité fixera désormais dans les conventions conclues pour les services de télévision « les modalités de mise à disposition, sur un service de médias audiovisuels à la demande, des programmes [du] service de télévision dans le cadre d'un service dit de télévision de rattrapage »<sup>35</sup>. En outre, les services de VàD et de TVR étant soumis aux obligations résultant de la loi, le CSA est susceptible de faire usage à leur attention du pouvoir de recommandation qu'il tient de l'article 3-1 de la loi. Il peut enfin, conformément aux articles 42 et suivants, mettre en demeure puis, le cas échéant, sanctionner le non-respect de ces obligations<sup>36</sup>. Dans un contexte que les nouvelles technologies compliquent chaque jour davantage, que le Gouvernement soit enjoint de solliciter, quant

<sup>34</sup> [http://www.csa.fr/conseil/role/role\\_avis.php](http://www.csa.fr/conseil/role/role_avis.php) ; la consultation est par ailleurs rendue obligatoire par l'article 12 de la loi du 30 septembre 1986 en ce qui concerne les projets concernant les normes obligatoires quant au matériel et aux techniques de diffusion et de distribution par câble des services de communication audiovisuelle, et lorsqu'il s'agit de déterminer les caractéristiques techniques des signaux fournis pour fournir les services diffusés par voie hertzienne ou par satellite.

<sup>35</sup> Art. 28 et 33-1 nouveaux de la loi du 30 septembre 1986 modifiée ; v. HAQUET (Ch.), « Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision », in *Communication commerce électronique*, n° 4, avril 2009, étude 8.

<sup>36</sup> *Idem*. Le nouvel article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée permet au CSA de suspendre provisoirement, non plus seulement la retransmission de services de télévision relevant de la compétence d'un autre État membre, mais également celle de services de médias audiovisuels à la demande qui portent ou risquent de porter atteinte à ces principes en dépit d'une demande préalable adressée à l'État compétent de prendre les mesures adéquates pour faire cesser la violation alléguée.

à ce futur décret, l'estimable et surtout pragmatique opinion de spécialistes impartiaux du milieu de l'audiovisuel paraissait totalement légitime.

Enfin, il est important de préciser - car cela engendre un impact fort sur les potentielles décisions prises par les opérateurs - que sont soumis à la loi française, en application de la directive SMA, les SMAD dont l'éditeur est « établi » en France<sup>37</sup>.

Le CSA avait donc jusqu'au mois de septembre 2010 pour communiquer son sentiment au Ministre. Ce délai fut entièrement exploité afin de réaliser les investigations permettant d'aboutir à une réponse la plus juste et pertinente possible, notamment en le mettant à profit pour auditionner chaînes de télévision, FAI, producteurs de cinéma et autres acteurs du secteur.

L'avis négatif rendu le 27 septembre 2010<sup>38</sup> oppose des arguments économiques forts (I) à un Ministre soucieux de privilégier avant toute chose le protectionnisme culturel. Ressort de cette confrontation le constat que intérêts économiques et culturels s'avèrent par nature irrémédiablement inconciliables (II).

## **I / UNE PRIORITÉ AU DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE DES SMAD VITALE POUR UN SECTEUR ENCORE NAISSANT ET FRAGILE**

Ressort de l'intervention du CSA la conviction que l'application du texte du Ministère,

<sup>37</sup> Art. 43-2 nouveau de la loi du 30 septembre 1986 modifiée ; v. HAQUET (Ch.) *op. cit.* Sont prioritairement étudiés les critères du lieu où se situe le siège social effectif et où sont prises les décisions de programmation. Si l'un de ces éléments fait défaut, est considéré l'endroit où opère une partie importante du personnel du service ou celui du premier État où le service a été régulièrement mis à la disposition du public.

<sup>38</sup> Cet avis a été rendu public le 7 octobre suivant alors que l'usage aurait voulu qu'il ne le soit qu'au jour de publication du décret au journal officiel. Sans doute le CSA et son président Michel Boyon ont-ils souhaité renforcer la pression sur le Ministère de la Culture en présentant au grand public leurs nombreuses réserves.

dans sa mouture d'alors, aurait mené à l'étranglement des éditeurs de SMAD. Ainsi la haute autorité remet-elle en cause au moyen d'arguments empreints de réalisme et difficilement combattables (B) le projet de décret et son contenu (A).

## **A / LES CARCANS ÉCONOMIQUEMENT MALADROITS ET SOURCE DE DANGERS DU PROJET DE DÉCRET**

Tout d'abord, la loi et son décret d'application interviennent malheureusement à l'heure où, des deux côtés de la barrière des SMAD, les parties commençaient à se tendre la main. Mais, dès lors que cette main est invisible, les pouvoirs publics préfèrent traditionnellement ne pas lui laisser le temps d'accomplir son oeuvre (1). Quant au fond en tant que tel du texte du Ministre Frédéric Mitterrand, de façon objective, l'on y dénotait une volonté certaine de soumettre les éditeurs de SMAD à des contraintes intenses (2).

### **1 / Le recours au décret et la mise à mal des négociations privées**

Les organisations professionnelles et entreprises concernées avaient, pour certaines, préféré anticiper le décret d'application et entamer des négociations privées quant à la contribution dans la production cinématographique et audiovisuelle des SMAD. Ces réunions se sont révélées quelques fois fructueuses, aboutissant à des accords importants à la fois en terme financier, mais aussi et surtout du point de vue du symbolique.

Tout d'abord, à l'occasion des conventions conclues avec les chaînes hertziennes, les raisonnements se sont faits davantage en terme de « média global ». Cela signifie qu'étaient ajoutées dans l'assiette de leurs obligations les recettes publicitaires émanant des services de TVR et de VAD<sup>39</sup>.

Est, en outre, particulièrement remarquable l'accord signé en décembre 2008 avec l'opérateur Orange à propos de son offre Orange cinéma séries, soit la combinaison par ADSL de services

<sup>39</sup> Étaient concernés TF1, M6 et France Télévisions ; v. MONTELS (B.), « Un an de droit de l'audiovisuel », in *Communication commerce électronique*, n° 6, Juin 2009, chron. 6.



linéaires mais également non linéaires. Ici, les obligations d'investissement s'avéraient substantielles : 6% (contre 3,6% pour Canal + par exemple) ; et, surtout, étaient prises en compte les recettes générées par les services de VàD et de TVR, en plus de celles émanant du prix des abonnements. Pourtant, seules ces secondes devaient normalement être assujetties eu égard aux dispositions légales alors applicables<sup>40</sup>.

Laisser la place à un régime d'autorégulation - à cette fameuse main invisible éventuellement encadrée par la coupe vigilante du CSA, sans intervention du pouvoir politique - eut pu constituer une voie légitime.

Pour autant, cette question relève d'enjeux et de décisions d'envergure européenne et il n'est donc aucun lieu dans ce commentaire où remettre en cause le fait même de l'intervention légale et décrétable. Le législateur était contraint d'intervenir et il s'attela à cette tâche délicate sans sourciller, malgré le préjudice porté aux bonnes intentions auparavant manifestées par certaines des sociétés les plus emblématiques du monde des médias.

Afin de favoriser le développement de ces nouveaux services et suivant une logique économique rationnelle, était attendue l'élaboration d'un régime souple, composé d'obligations allégées en matière de publicité, de diffusion et de production d'œuvres, domaines dans lesquels - en France, habituellement - règne la contrainte<sup>41</sup>. Le résultat fut autre que celui escompté.

## 2 / Le contenu du projet de décret et la mise en avant d'obligations fortes

Finalement, le projet de décret présenté par le Ministère de la rue de Valois<sup>42</sup> au CSA prévoyait de soumettre les Orange, TF1 Vision, M6 Replay et autres Canal Play à trois séries de règles autonomes regroupées en chapitres distincts :

<sup>40</sup> L'engagement financier pris par Orange envers les ayants droit avait été l'un des arguments retenus par le Conseil de la concurrence pour justifier l'exclusivité qui lui était accordée quant à la diffusion de programmes sur son offre de TVR (Conseil de la concurrence, déc. n° 08-D-10, 7 mai 2008, « Pratiques mises en oeuvre par les sociétés France Télécom et France télévisions dans le secteur de la télévision de rattrapage » ; v. CHAGNY (M.), note in *Communication commerce électronique*, 2008, comm. 127 ; DECOCQ (G.), note in *Contrats, concurrence consommation*, 2008, comm. 185).

<sup>41</sup> HAQUET (Ch.), *op. cit.*

<sup>42</sup> En référence à l'adresse du Ministère de la Culture et de la Communication.

- La contribution au développement d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles, européennes et d'expression originale française.

Étaient envisagées les obligations d'investir 25 % du chiffre d'affaires au préachat de droits sur des œuvres futures et d'affecter jusqu'à 26 % de celui-ci au développement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles<sup>43</sup>.

- La mise en valeur.

Était retenue l'obligation de consacrer dans le catalogue des oeuvres un minimum de 60% d'œuvres européennes, dont 40% d'œuvres d'expression originale française. De plus, le projet prévoyait d'imposer aux plateformes de VàD et de TVR des quotas d'œuvres françaises et européennes en page d'accueil, alors qu'aujourd'hui ce sont logiquement les vidéos les plus demandées qui sont mises en avant.

- La publicité, le parrainage et le téléachat.

Ces dispositions ne portent guère à discussion et le CSA ne s'y est que peu intéressé au sein de l'avis ici en cause. On les laissera en conséquent à la marge de ce commentaire.

Évidemment, la rudesse de ces contraintes venait au soutien d'objectifs culturels, notamment attachés à la diversité et au pluralisme. Ainsi, selon le Ministre Frédéric Mitterrand, « l'objectif de la régulation des SMAD est avant tout culturel »<sup>44</sup> (voir *infra*, partie II). Le CSA, de son côté, entend mettre l'accent et la priorité à un tout autre endroit : l'épanouissement et la viabilité des nouveaux acteurs de ce marché.

## B / LES CONCLUSIONS ÉCONOMIQUEMENT PRAGMATIQUES

<sup>43</sup> Le projet de décret cherchait à imposer aux SMAD dont le chiffre d'affaires dépasse 10 millions d'euros l'obligation d'investir, dès 2011, 15% de leurs revenus dans les œuvres européennes et 12% dans les œuvres d'expression originale française. Par ailleurs, le décret voulait contraindre les plateformes dépassant les 50 millions de chiffre d'affaires à investir 25% de celui-ci dans le préfinancement d'œuvres. En outre, cela vise les SMAD faisant payer des abonnements mensuels à leurs clients ; concernant les ventes à l'acte, le taux n'aurait été que de 15 %. Par ailleurs, les achats de droits audiovisuels devaient être intégrés aux obligations d'investissement.

<sup>44</sup> Discours du ministre de la culture et de la communication Frédéric Mitterrand lors du colloque 2010 des Nouveaux Paysages Audiovisuels (NPA), disponible sur <http://www.culture.gouv.fr/mccc/Espace-Presse/Discours/Discours-de-Frederic-Mitterrand-ministre-de-la-Culture-et-de-la-Communication-prononce-a-l-occasion-du-colloque-NPA-Nouveaux-Paysages-Audiovisuels-Les-equilibres-contenus-reseaux-de-la-premiere-decennie-numerique>.

## ET CONSTRUCTIVES DE L'AVIS DU CSA

Ce n'est sans doute pas d'un œil aveugle que le Ministre Frédéric Mitterrand regardait les dangers afférant à la conjoncture économique dans laquelle s'insèrent actuellement les SMAD, bien au contraire. Il jugeait ainsi qu'il était nécessaire de « prendre en compte le modèle économique, notamment des services de VàD payants à l'acte [et] prendre en compte le caractère émergent des SMAD, qui invite à appliquer des règles moins contraignantes que pour la télévision »<sup>45</sup>.

Toutefois, les efforts entrepris sont apparus bien maigres et insuffisants au regard vif et attentif des neufs sages du quai André Citroën, lesquels ont donc pris le parti de rendre un avis négatif. L'évènement est considérable et marquera sans doute durant de nombreuses années les relations entretenues entre l'autorité et le pouvoir exécutif ; cette première étant irrémédiablement - du fait du mode de désignation de ses membres<sup>46</sup> - orientée en direction de la couleur politique de la majorité en place.

Néanmoins, le Ministre est moins un membre à part entière de cette majorité que le fruit d'une politique présidentielle d'ouverture du Gouvernement à différents partis, notamment d'opposition ; et la réglementation voulue à l'endroit des SMAD relève sans doute davantage d'idées socio-démocrates que d'une vision libérale. Dans ces circonstances, le CSA demeurerait peut-être l'un des bras séculier des dirigeants politiques.

La haute autorité ne se contente pas d'avancer une analyse empli de bon sens et paraissant difficilement réfutable - d'un point de vue strictement microéconomique - (1), elle émet également un certain nombre de suggestions s'inscrivant dans cette logique d'encouragement du développement des SMAD (2).

### 1 / Une argumentation du CSA heureuse et pertinente

Le collège du CSA, par cet avis, estime que le texte gouvernemental n'avait « pas trouvé le bon point d'équilibre entre les producteurs et les éditeurs

<sup>45</sup> *Idem.*

<sup>46</sup> À l'instar du Conseil Constitutionnel, 3 membres sont désignés par le Président de la République, 3 le sont par le Président du Sénat et 3 par le Président de l'Assemblée Nationale. Leurs mandats sont de 6 ans et non renouvelables, ce qui doit renforcer leur indépendance.

de SMAD ». Il était « trop défavorable à ces derniers », selon Michel Boyon, président de l'institution<sup>47</sup>.

La plupart des dispositions du futur décret sont ainsi remises en cause et cette position s'inscrit dans la droite lignée d'une première réflexion en date du 15 avril 2008, laquelle avait déjà mis en garde le Ministère de la rue de Valois devant les dangers que pouvait poser tout protectionnisme en distinguant « d'une part, le risque de délocalisation des services, particulièrement aisée pour des services en ligne, et, d'autre part, le risque de brider l'innovation et la diffusion de formats nouveaux correspondant aux attentes des téléspectateurs et des internautes ». Le CSA avait alors conclu que « de telles obligations ne devraient être adoptées qu'avec prudence, de façon progressive, en suivant l'évolution de ces services et en tenant compte de leurs caractéristiques ». Les justifications à ce camouflet s'avèrent donc exclusivement soutenues par des considérations d'ordre « économique-économiques ».

La première motivation réside dans l'amère constat que taxer les acteurs français se fait inéluctablement au profit des opérateurs étrangers tels que Youtube ou Apple et, dans un secteur éminemment concurrentiel, au préjudice de ces premiers. Il s'agirait donc, avant toute autre chose, d'assurer la viabilité économique et la compétitivité des SMAD français en les insérant dans un cadre juridique respectant « leur caractère émergent, leur environnement économique et la concurrence de services étrangers qui ne sont pas assujettis à des règles aussi contraignantes »<sup>48</sup>. Le Conseil plaide ainsi pour que ne soit pas resserré l'étau fiscal et affirme que des obligations réglementaires trop aigues risqueraient de devenir des freins à l'innovation et à la diffusion de ces nouveaux formats<sup>49</sup>. Interrogé par Lefigaro.fr, Michel Boyon, se justifie : « sur un même téléviseur, il y aura des plates-formes de TF1, M6, Canal +, Orange, Free ou SFR qui seront soumises aux obligations et celles d'Apple TV, Google TV et Hulu, qui en seront exemptes. Face à la rareté des instruments juridiques pour imposer des obligations à Apple ou Google, il revient au CSA de créer les conditions pour que les plates-formes françaises puissent

<sup>47</sup> V. <http://www.freeneews.fr/spip.php?article9104>.

<sup>48</sup> LEROY (Ph.), art. disponible sur <http://hightech.nouvelobs.com/actualites/depeche/20101008.ZDN3098/vod-le-csa-veut-defendre-les-plateformes-francaises-contre-itunes-et-cie.html>.

<sup>49</sup> CSA, Communiqué du 7 octobre 2010.

survivre »<sup>50</sup>. L'idée d'une taxation des SMAD n'est nullement rejetée en bloc, mais le niveau de contribution était *a priori* trop important.

Par ailleurs, la haute autorité regrette l'absence de progressivité dans le processus. Il est vrai que, souvent, le législateur intervient de façon brutale alors que mettre en place une réforme de manière douce, par échelonnage ou étapes, s'avère dans une certaine mesure tout à fait envisageable. Il s'agit en l'espèce d'une vision économique et libérale de la conjoncture assurant moins la diversité culturelle que le respect des intérêts pécuniaires des SMAD<sup>51</sup>.

Doit être mis au crédit de Rachid Arhab et des autres conseillers un réalisme économique tout à fait tonitruant puisque, aujourd'hui, seules trois plateformes dépassent les 10 millions d'euros de chiffre d'affaire<sup>52</sup> et les contraintes économiques se révèlent nombreuses<sup>53</sup>. Surtout, à l'heure de l'Internet et de l'Union européenne, il est relativement aisé pour un service le souhaitant de s'installer à l'étranger - au Luxembourg ou à Malte par exemple - dans le dessein d'échapper aux obligations nationales. Les délocalisations sont ainsi le premier risque à prendre en considération au moment d'encadrer l'activité des SMAD et Michel Boyon poursuit : « le CSA considère que le texte du décret ne répond pas à la réalité économique des SMAD et fait peser un véritable risque de délocalisation de ces services si on leur impose des obligations excessives »<sup>54</sup>.

Ces arguments économiques semblent empreints d'une pertinence forte et le risque de voir s'évader bon nombre des opérateurs serait sans doute élevé dès lors que, comme le précise le conseiller de la haute autorité Emmanuel Glaba, « aujourd'hui, les plates-formes de SMAD ne sont pas économiquement viables. Elles sont toutes déficitaires et seulement trois d'entre elles, Orange,

SFR et Canal Play, dépassent les 10 millions d'euros de chiffre d'affaires. Elles ne pourront pas se développer et se battre à armes égales face à iTunes, Google voire Hulu tout en ayant des obligations trop lourdes à respecter. Déjà iTunes d'Apple est installé au Luxembourg. En raison du différentiel de TVA, il peut vendre des films 20% moins cher qu'une plate-forme française »<sup>55</sup>.

Les services en question - qui ne cessaient de trembler et suer depuis la présentation du projet - attendaient évidemment avec impatience et espoir l'intervention du CSA. C'est donc avec un soulagement à la hauteur de leurs craintes qu'ils ont accueilli cet avis négatif. M6 Web, par exemple, dans un communiqué, se réjouit de la posture adoptée et souligne que « le niveau des obligations fixé par le projet de décret est trop haut car calqué sur les taux applicables aux chaînes de télévision de la TNT alors que la directive européenne sur les nouveaux médias appelait la mise en place d'une réglementation assouplie ». Puis, elle contre-attaque : « les contraintes fortes sur des offres nationales de vidéo à la demande sont particulièrement inéquitables vis-à-vis des services étrangers non linéaires, disponibles en France mais non encadrés par le projet de décret [...]. Par conséquent, la sécurisation d'un cadre réglementaire commun à tous les acteurs et la prise en compte des évolutions permanentes des SMAD conditionnent toute contrainte significative ».

Par ailleurs, au moyen de cet avis, le CSA prend parti pour la Fédération Française des Télécoms (FFT)<sup>56</sup> qui estime que le secteur de la V&D est « un secteur émergent, avec une économie naissante, dont la rentabilité demeure fragile [et pour lequel] les obligations élevées prévues dans le projet de décret compromettraient sérieusement le développement ». Le syndicat avait en conséquent pressé fortement le Gouvernement de revoir sa copie et de retenir « des obligations allégées et progressives pour les éditeurs et diffuseurs de vidéo à la demande »<sup>57</sup>. Or l'opinion de ce lobby pèse considérablement puisque les FAI gèrent les deux tiers du marché en question. Déjà au moment de la présentation du futur décret les SFR et autres Bouygues Télécoms avaient affirmé que « si la V&D est lestée de tous ces boulets, l'offre légale recommandée par la loi HADOPI contre le piratage

<sup>50</sup> V. <http://www.lefigaro.fr/medias/2010/10/06/04002-20101006ARTFIG00724-le-csa-s-oppose-aux-obligations-visant-la-vod.php>.

<sup>51</sup> Par exemple, Pascal Lechevallier, directeur de TF1 Vision, explique : « Les services qui ne sont pas localisés en France et qui, par conséquent, ne seront pas soumis à ces obligations auront davantage de moyens pour acheter des droits, faire du marketing ».

<sup>52</sup> Orange, SFR et Canal Play ; v. [http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/le-csa-dans-le-collimateur-du-lobby-du-cinema-22-10-2010-1253167\\_52.php](http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/le-csa-dans-le-collimateur-du-lobby-du-cinema-22-10-2010-1253167_52.php)

<sup>53</sup> Outre la concurrence frontale de services transnationaux, il s'agit de faire face aux sites de téléchargement illégal, à un taux de TVA supérieur à celui qui est applicable aux services de télévision, à une faiblesse des aides, à des difficultés d'accès au fonds de soutien et aux droits.

<sup>54</sup> V. <http://www.freenews.fr/spip.php?article9104>.

<sup>55</sup> V. [http://www.satellifax.com/recevoir\\_lire/tch/?md5=b6cda17abb967ed28ec9610137aa45f7&sat=75f493b42ebba97ee7bea44e024d8a57](http://www.satellifax.com/recevoir_lire/tch/?md5=b6cda17abb967ed28ec9610137aa45f7&sat=75f493b42ebba97ee7bea44e024d8a57).

<sup>56</sup> Elle rassemble tous les opérateurs de téléphonie et les fournisseurs d'accès à Internet, à l'exception de l'autonome et solitaire Free.

<sup>57</sup> Selon Yves Le Mouël, président de la FFT, répondant à l'AFP ; v. <http://www.strategies.fr/afp/20101014144127/taxation-de-la-vidéo-a-la-demande-le-projet-de-decret-doit-etre-modifie-operateurs.html>.

n'a aucune chance de voir le jour et ce sont les *bittorent* et plateformes de *streaming* qui se frottent les mains »<sup>58</sup>.

Quant à l'Association des services Internet communautaires, sa réaction se révélait davantage virulente : « ceux qui ont vécu avec une industrie culturelle classique voient aujourd'hui émerger de nouveaux services qui les dépassent. Cela conduit à des incompréhensions, comme ce dispositif du décret qui prévoit de consacrer une proportion majoritaire de la page d'accueil à certaines œuvres. C'est réfléchir selon des schémas qui ne sont plus possibles ! Cela montre aussi que le virage numérique n'est pas pris, que certains ne voient pas le numérique comme un vrai relais de croissance. Ainsi il nous paraît aberrant d'envisager la contribution à la création sur le chiffre d'affaires des services en ligne et pas sur la marge. Cela va ralentir le développement de tels services ! »<sup>59</sup>

Le fait qu'une institution qui à travers sa composition est inexorablement - bien que implicitement - orientée du côté de la couleur politique de la majorité en place s'oppose à un texte émanant de l'exécutif ne peut que signifier qu'il dépasse les limites du raisonnable et risque davantage de porter préjudices aux uns que venir au soutien des autres.

En effet, si les opérateurs du milieu s'exilaient, le texte deviendrait sans objet et les investissements dans le cinéma et l'audiovisuel disparaîtraient concomitamment.

Mieux vaut peu que rien, tel est l'aphorisme qui a soutenu la réflexion de la haute institution.

## 2 / Des propositions du CSA nombreuses et congruentes

Fort de la pertinence économique de ses critiques, habité par une légitimité certaine, le CSA formule par ailleurs un nombre considérable de propositions. L'institution ne se contente donc pas de mettre en cause les choix du Ministre de la Culture et de la Communication, elle lui suggère les moyens susceptibles de remédier aux carences

<sup>58</sup> V. [http://www.degroupnews.com/actualite/n4655-vod-television-numerique-loi-finance.html?new\\_css=cyan2&PHPSESSID=855e84bda3f1d67e12c4f3156de7cab3](http://www.degroupnews.com/actualite/n4655-vod-television-numerique-loi-finance.html?new_css=cyan2&PHPSESSID=855e84bda3f1d67e12c4f3156de7cab3).

<sup>59</sup> « L'Internet, ce n'est pas la télévision ! », communiqué de l'ASIC.

constatées. Cette attitude responsable et constructive doit être saluée et traduit l'utilité et l'importance des autorités administratives indépendantes en France. Parmi ces propositions - qui en conséquence s'inscrivent dans une philosophie antagoniste de celle du Ministre (voir *infra*, partie II) - les principales sont :

- Ne demander aucune contribution financière aux plateformes ne dépassant pas le seuil de 10 millions d'euros de chiffre d'affaires annuel.

- Abaisser les quotas d'œuvres européennes et françaises à 50 % d'œuvres européennes dont 35 % d'œuvres d'expression originale française pour les services dont le chiffre d'affaires est inférieur à 10 millions d'euros ; et conserver les proportions de 60 % et 40 % pour les services dépassant ce chiffre d'affaires.

- Imposer le principe d'une progressivité annuelle de la participation financière (une évolution de 1% chaque année) afin de rendre plus supportables les charges portant sur la production et la proportion d'œuvres européennes et d'expression originale française dans les catalogues. Les taux de 15 % et 12 % seraient ainsi atteints en 5 ans.

- « Ne pas privilégier l'acquisition de droits exclusifs par le préfinancement des œuvres, afin de favoriser leur plus large exposition et leur meilleure circulation ». Au sens du Conseil, la mise en place d'exclusivités risquerait de conduire à des effets contraires à ceux recherchés et notamment à une fragmentation de l'offre légale combinée à une perte de son attractivité<sup>60</sup>.

- Introduire le principe d'un « réexamen dans 18 mois afin d'évaluer l'impact du dispositif sur le secteur et de l'adapter si nécessaire en tenant compte des accords professionnels conclus, du développement économique des SMAD et de l'évolution des pratiques de consommation ».

« Personne ne sait comment va évoluer le monde de l'audiovisuel. Il faut donc inclure une clause de rendez-vous dans le décret pour [...] analyser si les obligations imposées aux SMAD ne les ont pas pénalisés », suggère comme préalable Michel Boyon<sup>61</sup>.

Dans un monde de l'immatériel où le législateur peine à suivre la cadence effrénée des mutations technologiques et pratiques, ce vœu

<sup>60</sup> V. en ce sens l'avis du Conseil de la Concurrence au sujet de la chaîne Orange Sport.

<sup>61</sup> Le Conseil suggère la conclusion, pendant ce délai, d'accords professionnels établissant les modalités de mise à disposition des œuvres sur les SMAD, c'est-à-dire la durée des droits d'exploitation, la rémunération des ayants droit, les mesures permettant la conciliation entre le respect du droit moral des auteurs et les interruptions publicitaires des œuvres ; v. <http://www.lefigaro.fr/medias/2010/10/06/04002-20101006ARTFIG00724-le-csa-s-oppose-aux-obligations-visant-la-vod.php>

paraît empreint d'un pragmatisme fort et devrait inspirer un nouveau mode de création et d'évolution des normes adapté au XXI<sup>e</sup> siècle.

Est à noter que cet avis défavorable contient plus d'une dizaine d'autres recommandations portant principalement sur les communications commerciales et la clarification des questions comptables<sup>62</sup>.

L'analyse de cet avis du CSA, à l'aune du contenu initial du décret, emporte une conviction : privilégier les aspects économiques amène à sacrifier la protection de la diversité culturelle, et *vis versa*. Or le Ministre de la Culture souhaitait en premier lieu satisfaire les intérêts des producteurs de contenus, peu important que cela se fasse quelque peu au détriment du développement des SMAD.

à propos du décret SMAD démontre à quel point - que l'on se situe à un étage international, communautaire ou national - les sphères de l'économique et du culturel ne peuvent se confondre tant elles relèvent de préoccupations et d'intérêts totalement antinomiques et conflictuels. Ainsi, œuvrer en faveur de l'une emporte nécessairement un préjudice quasi-proportionnel à l'encontre de l'autre et trouver une réponse satisfaisante à cette difficulté semble relever de l'utopique. Ce serait une aporie que le camouflet du CSA aurait en quelque sorte mis en lumière (A). Cependant, il fallut tenter de réaliser ce délicat amalgame lors de la rédaction de la mouture finale du texte, publiée au Journal Officiel (B).

## A / DES ANTAGONISMES INSOLUBLES ENTRE INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES ET CULTURELS

S'affrontent en l'espèce deux visions des choses tout à fait contradictoires à propos de questions très politiques. Sont mises en balance des valeurs qui traditionnellement se contredisent, celles de l'économie et celles de la culture. D'un côté, l'on trouve un Ministre qui s'inscrit dans la tradition française d'encouragement et de promotion de la diversité culturelle - et notamment cinématographique - (1) ; de l'autre, il y a une autorité indépendante soucieuse de défendre l'industriel plutôt que l'artiste dès lors que la situation du premier lui apparaît davantage précaire que celle du second (2).

## II / UNE PRIORITÉ AU DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE DES SMAD INCONCILIABLE AVEC L'OBJECTIF DE PROMOTION DE LA DIVERSITÉ CULTURELLE

L'analyse de l'avis négatif rendu par le CSA

<sup>62</sup> Le CSA se dit favorable aux assouplissements prévus en matière de publicité sur les SMAD (notamment l'absence de règles de volume publicitaire et la suppression de la plupart des règles d'insertion des publicités), sous réserve de préserver les intérêts du consommateur par l'identification des communications commerciales et de maintenir une séparation claire entre ces dernières et les programmes. En outre, sont également envisagées les questions de l'assiette de la contribution ou du chiffre d'affaires.

### 1 / Une préférence au culturel typiquement française et au détriment de l'économique

« L'objectif de la régulation des SMAD est avant tout culturel : il s'agit d'encourager le renouvellement de la création audiovisuelle française et d'en assurer le rayonnement »<sup>63</sup>. Ainsi

<sup>63</sup> Discours du ministre de la culture et de la communication Frédéric Mitterrand lors du colloque 2010 des Nouveaux Paysages Audiovisuels (NPA), disponible



s'exprimait le Ministre Frédéric Mitterrand au sujet du décret qu'il avait à rédiger.

On le comprend, la priorité de l'ancien animateur de télévision devenu membre du Gouvernement n'était pas tant la protection du développement économique de ce nouveau marché de l'audiovisuel que de lui appliquer « les principes et les règles qui ont permis aux chaînes de télévision de continuer à proposer, sur les écrans, une part substantielle d'oeuvres européennes et françaises, et non pas seulement américaines, et de contribuer activement au développement de l'industrie audiovisuelle et cinématographique ». Ainsi, il s'agissait selon lui de « la condition première pour que nos créateurs puissent continuer à s'exprimer, et que notre société conserve son propre regard sur elle-même au sein du nouvel univers numérique »<sup>64</sup>.

L'intervention du Gouvernement devait donc traduire pour les SMAD l'enjeu global « de diversité et de rayonnement » des œuvres européennes et d'expression française.

Ce protectionnisme culturel se place en totale adéquation avec la tradition française de soutien au secteur de la cinématographie, faisant de la France le pays d'Europe qui investit le plus de deniers publics dans la production d'œuvres audiovisuelles, mais faisant également de la France le seul pays d'Europe où les productions nationales réalisent autant d'entrées que les superproductions hollywoodiennes.

Ainsi, il apparaît logique que, à l'instar des chaînes de télévision, les SMAD investissent, du fait d'une obligation légale, dans le septième art et l'audiovisuel.

On imagine donc que la « leçon d'économie » prodiguée par le CSA n'a dû rencontrer qu'un succès modéré rue de Valois. Alors que le Ministre venait d'annoncer la création d'un fonds national pour la société numérique - doté de 750 millions d'euros -<sup>65</sup> et avait tout juste entériné l'accord entre l'INA et Myskreen<sup>66</sup> afin de

sur <http://www.culture.gouv.fr/mcc/Espace-Presses/Discours/Discours-de-Frederic-Mitterrand-ministre-de-la-Culture-et-de-la-Communication-prononce-a-l-occasion-du-colloque-NPA-Nouveaux-Paysages-Audiovisuels-Les-equilibres-contenus-reseaux-de-la-premiere-decennie-numerique>.

<sup>64</sup> *Idem*.

<sup>65</sup> V. <http://www.zdnet.fr/actualites/frederic-mitterrand-annonce-le-chantier-de-la-numerisation-des-fonds-culturels-39754788.htm>.

<sup>66</sup> Le site [myskreen.com](http://myskreen.com) permet de trouver et de visionner des films et programmes télévisés disponibles sur les services de VoD en ligne ; V.

produire un guide en ligne de programmes audiovisuels francophones<sup>67</sup>, cet avis négatif est sans doute apparu comme incarnant la résurgence d'une volonté de désavouer ce travail et de freiner la mise en œuvre de cette politique.

## 2 / La mise à la marge des objectifs culturels au profit de perspectives économiques

Conformément à ses premières prises de position, le CSA entend avant toute chose amenuiser les risques de délocalisations et assurer la viabilité des acteurs économiques nationaux d'un marché récent - et donc encore fragile - en « tenant compte de leur caractère émergent, de leur environnement économique et de la concurrence de services étrangers qui ne sont pas assujettis à des règles aussi contraignantes ».

Il n'apparaît guère étonnant de constater que - à l'instar de la FFT ou de l'ASIC poussant derrière le CSA - le lobby des créateurs et producteurs se prononçait en faveur du Ministère de la Culture et de la Communication.

Ainsi, la société civile des auteurs, réalisateurs et producteurs (ARP) se dit « abasourdie »<sup>68</sup> par cet avis du régulateur des contenus. Dans un communiqué, les cinéastes critiquent ouvertement l'intervention et la position de la haute autorité : « [Nous sommes] surpris par les motivations exprimées par les membres du CSA pour justifier cet avis alors même que l'une des missions de cette autorité administrative consiste à veiller à une régulation sereine du secteur audiovisuel [...]. Le CSA s'égare gravement et semble s'être trompé de combat [...]. La participation de ces services à la création de contenus ne doit pas être entravée par cette donnée fiscale que l'on espère conjoncturelle. La France doit rester l'aiguillon de la régulation dans le secteur culturel en général, et le financement de la création cinématographique en particulier »<sup>69</sup>.

L'ARP paraît imaginer que les membres du CSA auraient succombé sous la pression des FAI et ne manque pas de mettre en avant l'exemple des participations financières conséquentes de Canal +

<http://www.commentcamarche.net/news/5849243-lancement-de-myskreen-nouveau-portail-de-videos-legales>.

<sup>67</sup> V. <http://www.zdnet.fr/actualites/video-a-la-demande-l-ina-va-rentre-dans-le-capital-de-myskreen-39755024.htm>.

<sup>68</sup> V. [http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/le-csa-dans-le-collimateur-du-lobby-du-cinema-22-10-2010-1253167\\_52.php](http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/le-csa-dans-le-collimateur-du-lobby-du-cinema-22-10-2010-1253167_52.php).

<sup>69</sup> *Idem*.



et des chaînes historiques que sont TF1 ou M6. Mais c'est oublier trop rapidement que ces dernières n'évoluent pas au sein du même environnement économique. L'on ne peut comparer ce qui diffère totalement.

Quant à la société civile des auteurs multimédia (SCAM), elle enfonçait encore un peu le clou en expliquant qu'il n'y avait « aucune raison pour exonérer plus longtemps ces opérateurs car il en va de l'équité de traitement entre les différents acteurs et de l'avenir du financement des oeuvres » et en jugeant que le projet de décret « tenait déjà compte de la situation économique des opérateurs puisqu'il introduisait un seuil de déclenchement des obligations de production à hauteur de dix millions d'euros de chiffre d'affaire ; or trois services seulement étaient concernés, tous adossés à de grands groupes de communication financièrement en mesure de respecter les obligations financières proposées »<sup>70</sup>. Elle terminait en disant « sa confiance dans la fermeté du Gouvernement pour maintenir le décret en l'état »<sup>71</sup>.

Enfin la SACD faisait part de sa totale « incompréhension », estimant que la prise de position de Michel Boyon s'apparentait davantage à celle « d'un Président de l'ARCEP soucieux de défendre l'économie des télécoms que d'un Président du CSA désireux de conforter la logique et l'économie générale de l'audiovisuel » ; avant de regretter que « le CSA s'éloigne de ses missions originelles pour s'ériger en une ARCEP *bis* à l'utilité incertaine »<sup>72</sup>.

Ces différents syndicats faisaient donc montre d'une colère peu dissimulée et allaient jusqu'à mettre en doute la compétence du CSA et la légitimité de son intervention. À l'aune des intérêts par eux défendus, il n'y a rien de grandement choquant ni surprenant en ces prises de parole radicales ; mais l'on soulignera néanmoins que la haute autorité est sans doute davantage dans son rôle lorsqu'elle ose exprimer des arguments contraires à ceux avancés par le Gouvernement que lorsqu'elle se contente d'être un simple faire valoir à la solde de ce dernier. Les cinéastes de l'ARP se montraient malgré tout confiant - croyant savoir que « le Ministre de la Culture et de la Communication partagerait avec eux cette conviction » - et en appelaient à lui pour « imposer un texte dont la principale vertu resterait pédagogique et permettrait d'entrevoir également

des avancées dans le régime de la chronologie des médias »<sup>73</sup>.

Mais la rue de Valois aura ouvert ses portes aux arguments du CSA et le décret finalement publié est le fruit de la recherche par le Ministre de l'introuvable équilibre entre développement économique et protectionnisme culturel.

## B / UNE PÉRILLEUSE TENTATIVE DE COMPROMIS ENTRE INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES ET CULTURELS

Si la version définitive du « décret SMAD » intègre des modifications substantielles directement inspirées de l'avis négatif rendu par le CSA le 27 septembre 2010 (1), celles-ci n'éliminent pas pour autant les incertitudes et critiques s'y étant solidement attachées (2).

### 1 / Des modifications substantielles

Le décret aura finalement été publié au Journal Officiel le 14 novembre 2010<sup>74</sup>. Si les rédacteurs du texte n'ont pas totalement revu leurs copie, est néanmoins retranscrit un certain nombre des préconisations émanant du CSA afin que soit mise en place une réglementation au domaine d'application clairement circonscrit et au régime nuancé :

- Est prévue une « clause de rendez-vous » dans un délai de 18 à 24 mois, tandis que le CSA mènera une consultation publique puis remettra au gouvernement pour le second semestre 2012 un rapport « proposant le cas échéant des modifications »<sup>75</sup>.

- S'appliqueront effectivement les mêmes quotas que ceux incombant aux services de télévision : 60 % pour les œuvres européennes et 40 % pour les œuvres d'expression originale française. Toutefois, ces nombres seront initialement fixés à 50 % et 35

<sup>70</sup> Société civile des auteurs multimédia (SCAM), communiqué du mercredi 13 octobre 2010.

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> V. <http://www.sacd.fr/Incomprehension-de-la-SACD-devant-l-avis-negatif-du-CSA-sur-le-projet-de-decret-VaD.1847.0.html>.

<sup>73</sup> V. [http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/le-csa-dans-le-collimateur-du-lobby-du-cinema-22-10-2010-1253167\\_52.php](http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/le-csa-dans-le-collimateur-du-lobby-du-cinema-22-10-2010-1253167_52.php).

<sup>74</sup> Journal Officiel du 14 novembre 2010, n° 264, pp. 20313 à 20315 ; V. rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande ; V. <http://www.connexite.fr/focus/201011158697-services-medias-audiovisuels-a-demande-decret-12-novembre-precise-regles>.

<sup>75</sup> Art. 22.

% pendant une période de trois ans<sup>76</sup>.

- L'obligation d'investir 15 % des ressources dans des œuvres européennes et 12 % dans des films d'expression originale française se fera progressivement, en partant de 10 % et 8 % et en augmentant le taux de 1 ou 2 % par année<sup>77</sup>.

- Ces dernières obligations ne s'appliqueront qu'aux services qui proposent au moins 10 œuvres.

- De même, elles ne s'appliqueront qu'aux services réalisant un chiffre d'affaires de 10 millions d'euros (mais à l'exclusion de la TVR)<sup>78</sup>.

- Seront pris en compte les achats de droits au titre des dépenses éligibles pour éviter le développement de pratiques d'exclusivité<sup>79</sup>.

Enfin, le contrôle du respect de l'ensemble de ces règles est évidemment confié au CSA et les prestataires de services devront annuellement lui communiquer une déclaration relative à la mise en œuvre des obligations.

Malgré la prise en compte des souhaits du régulateur de l'audiovisuel, les réactions des lobbys concernés à la publication du décret et à son contenu s'avèrent pour le moins contrastées. Cela illustre parfaitement à quel point rédiger ce texte consistait en une tâche extraordinairement

complexe, nonobstant une apparence mais trompeuse banalité.

Une aporie ne connaît point de réponse. Elle éveille seulement des impasses.

## 2 / Des réactions contrastées

Le Ministre Frédéric Mitterrand fait état de l'aboutissement à un « point d'équilibre entre l'ensemble des demandes »<sup>80</sup>. Malheureusement, la conséquence de cet hybride semble être que - certes davantage du côté des éditeurs de services de V&D que du côté des producteurs d'œuvres - l'on se montre insatisfait par ce dénouement textuel. Comme souvent en présence d'intérêts et enjeux antinomiques, à vouloir satisfaire tout le monde - cela relevant d'une douce vision utopiste -, l'on finit par ne convenir à personne. Encore une fois, mieux vaut peu que rien.

Ainsi, la SCAM peste à l'encontre d'un « compromis inutile », et affirme que « le Ministère donne ni plus ni moins suite à l'avis du CSA au détriment de la création »<sup>81</sup>. Les professionnels du milieu artistique persistent : « ce seuil [de 10 millions d'euros] permet déjà à la grande majorité des services concernés d'échapper aux engagements d'investissements qui sont ceux des autres diffuseurs. En cela, il était déjà le fruit d'un consensus, un équilibre tenant compte des points de vue des parties. Or le CSA a surenchéri avec une montée en charge des obligations de production qui a pour effet d'amoindrir encore les obligations des SMAD. Ce que le ministère présente comme un point d'équilibre consiste précisément à ajouter une montée en charge au seuil de déclenchement des obligations »<sup>82</sup>.

Les créateurs saluent le fait que le décret soit enfin publié. Mais ils regrettent néanmoins la faiblesse de la participation des SMAD. Ainsi, l'ARP demande à la Commission européenne d'envisager « la possibilité d'un taux réduit [de TVA] pour les services de commerce électronique fournissant des biens et services culturels »<sup>83</sup>, condition *sine qua*

<sup>76</sup> Arts. 12 et 13.

<sup>77</sup> Arts. 4 pour les services de V&D par abonnement : dans la mesure où leur environnement concurrentiel est constitué par les chaînes de télévision payantes - notamment les chaînes de cinéma - leurs obligations ont vocation à s'en approcher. Ainsi, la V&D par abonnement se voit appliquer un régime de contribution qui varie en fonction de la chronologie des médias applicable aux œuvres cinématographiques : contribution à la production d'œuvres européennes ou d'expression originale française fixée à 26 % et 22 % pour les services proposant des premières fenêtres et à 21 % et 17 % pour les services proposant des deuxième fenêtres ; pour les autres services proposant moins de 10 œuvres cinématographiques de moins de 36 mois mais au moins 10 œuvres cinématographiques ou au moins 10 œuvres audiovisuelles, le taux de contribution est fixé à 15 %. Arts. 5 et 6 pour la V&D payante à l'acte : dans la mesure où il est possible de distinguer un chiffre d'affaires lié au visionnage des œuvres cinématographiques et un chiffre d'affaires lié au visionnage des œuvres audiovisuelles, le décret instaure un régime distributif de contribution à la production cinématographique et audiovisuelle assis sur des assiettes distinctes et fixé à 15 % du chiffre d'affaires du service.

<sup>78</sup> Arts. 1 et 3 ; pour la production audiovisuelle, la loi a prévu la mutualisation de leur contribution avec celle des services de télévision ; pour la production cinématographique, ces services de TVR étant adossés à des services de télévision dont ils ne font que reprendre les œuvres, un tel seuil de déclenchement n'est pas apparu nécessaire.

<sup>79</sup> Art. 7 ; cela afin d'éviter le développement de pratiques d'exclusivité sur le marché.

<sup>80</sup> V. <http://www.scam.fr/tabid/363252/articleType/ArticleView/articleId/7238/Decret-SMAD-un-compromis-inutile.aspx>.

<sup>81</sup> Communiqué de la SCAM, lundi 25 octobre 2010 ; disponible à <http://www.scam.fr/tabid/363252/articleType/ArticleView/articleId/7238/Decret-SMAD-un-compromis-inutile.aspx>.

<sup>82</sup> *Idem*.

<sup>83</sup> Communiqué de presse de l'ARP du 17 novembre 2010 ; disponible à <http://www.larp.fr/home/wp-content/uploads/2010/11/CdP-ARP-Publication-du-d%C3%A9cret-SMAd-une-premi%C3%A8re-%C3%A9tape-essentielle-171110.pdf>.

*non* à son sens pour atteindre une telle fin.

De son côté, la SCAM met également un bémol à la partition du Gouvernement puisqu'elle relève que les obligations sont « en deçà de [celles] auxquelles ont souscrit les télédiffuseurs linéaires »<sup>84</sup>.

À l'inverse, les éditeurs de SMAD demeurent inquiets devant ce texte qui selon eux les place toujours dans une situation précaire risquant de les obliger à prendre les mesures susceptibles de les disjoindre de ces obligations, c'est-à-dire délocaliser leurs activités.

Enfin, un autre acteur apporte sa pierre à l'édifice de la controverse : il s'agit de l'ASIC<sup>85</sup> qui est la première organisation française fédérant les acteurs du web 2.0. Elle s'immisce dans le débat et fait part de craintes propres au sein d'un article intitulé « L'Internet, ce n'est pas de la télévision »<sup>86</sup>.

L'association juge que « la nouvelle version du décret renforce l'ambiguïté quant à l'application de certains articles du décret aux éditeurs de services de communication au public en ligne et non seulement aux éditeurs de SMAD [car il] ne permet pas une application distributive du régime juridique et soumet les hébergeurs à une contribution non seulement sur le chiffre d'affaires issu de la diffusion de vidéos mais également sur celui provenant des autres recettes »<sup>87</sup>.

Il est vrai que certaines obligations - telles que réserver « une proportion majoritaire de la page d'accueil à des œuvres européennes ou d'expression originale française »<sup>88</sup> - paraissent impossibles à mettre en œuvre pour des éditeurs de services de communication au public en ligne. L'ASIC souhaiterait donc que soit instaurée par le législateur « une frontière clairement définie entre le secteur de l'audiovisuel et les services communautaires »<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> Communiqué de presse de la SCAM, 22 novembre 2010 ; disponible à <http://www.scam.fr/tabid/363252/articleType/ArticleView/articleId/7261/Decret-SMAD-Une-etape-positive-pour-la-creation.aspx>.

<sup>85</sup> Fondée par Dailymotion, Google, Priceminister et Yahoo, l'ASIC compte aujourd'hui parmi ses membres un nombre importants de principaux sites communautaires : Allocine, Facebook, Myspace, Over-Blog, Skyrock, Wikimedia ou Wikio.

<sup>86</sup> Art. disponible à <http://www.lasic.fr/spip.php?article67> ; v. <http://www.freeneews.fr/spip.php?article8916>.

<sup>87</sup> L'art. 5, al. 1 et 4 vise « les éditeurs de services autres que ceux » proposant des services de V&D et de TVR.

<sup>88</sup> Art. 12 du décret, v. *supra*.

<sup>89</sup> « Les services qui consistent à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des

La polémique ainsi lancée se place directement au cœur de l'intense et palpitant débat portant sur la qualification d'hébergeur ou d'éditeur de contenus de plateformes de partage telles que Youtube ou Dailymotion<sup>90</sup>. Il est vrai que l'heure est à la convergence des médias, comme en témoigne le fait que les services de TVR se révèlent aujourd'hui tout autant - voir davantage - accessibles sur ordinateur que sur télévision.

Cependant, il n'incombait sans doute pas au décret afférent aux SMAD de traiter ces problématiques ne relevant ni du nécessaire développement économique de ces services, ni de l'intérêt porté à la préservation de la diversité culturelle.

fins de partage et d'échange au sein de communautés d'intérêts » sont exclus explicitement par la directive SMA de son champ d'application.

<sup>90</sup> Giuseppe de Martino, directeur juridique de Dailymotion, craint que « cela nous fasse vivre continuellement avec une épée de Damoclès au-dessus de la tête » et affiche que « ce décret est une perche tendue à ceux qui veulent nous faire tomber dans les SMAD », <http://blog.lefigaro.fr/medias/2010/09/video-sur-internet-video-a-la.html> ; V. (!)

\*  
\* \*

Le CSA a engagé, le 26 novembre 2010, un appel à candidatures dans l'optique de l'édition d'un ou plusieurs SMAD sur le multiplexe R3 de la TNT<sup>91</sup>. À l'aune de l'avis négatif rendu le 27 septembre 2010, on comprend combien les conseillers possèdent un intérêt fort à l'égard des SMAD ; et ils poursuivent par là leur politique d'encouragement de leur développement, convaincus que l'avenir de la télévision n'est plus dans la linéarité et la passivité.

Certainement, tel que l'envisagent les sages de la tour Mirabeau, procéder par étapes et réévaluer les taux et autres seuils financiers au gré de l'épanouissement du marché - plutôt que risquer de noyer les plates-formes de vidéos sous des contraintes qui, à l'heure d'aujourd'hui, peuvent leur paraître inappropriées, si ce n'est insurmontables, face à une concurrence étrangère bien moins opprimée - apparaît être la solution la moins traumatisante et la plus indolore pour toutes les parties. Dès lors que l'on aboutirait à la création d'un « cercle vertueux », chacune y gagnerait, y compris les entreprises de production cinématographique.

Dans cette hypothèse, le raisonnement du CSA viserait bel et bien à assurer le pluralisme culturel, mais par voie détournée.

Enfin, la prégnance de cette analyse mène à une dernière observation : à l'heure où une modernité insaisissable s'empare du quotidien et met au défi les classiques de l'Homme dont fait partie intégrante le droit, une haute autorité administrative spécialisée - bien que certes dépourvue de toute légitimité à l'égard des citoyens, ce qui doit normalement achever d'éteindre une telle ambition avant même qu'elle ne soit dite - semble davantage en mesure de dire quelle norme peut-être juste et quelle norme ne le peut pas, en somme de faire la loi.

Seulement, il ne semble guère exister de différences patentes entre une entité énonçant le droit directement et une autre le faisant de manière détournée ; ce qui intéresse le particulier est les normes auxquelles il est assujéti et qui lui sont appliquées, peu important la manière dont on les génère.

Pour l'heure, cet écueil ne mérite cependant guère d'être soulevé. L'exemple de cet avis du CSA prouve que cette architecture des institutions peut mener à un droit plus juste, pragmatique et consensuel.

Car mieux vaut peu que rien.

---

<sup>91</sup> Le candidat devra diffuser son service sur l'ensemble des zones couvertes par le réseau R3 et respecter les obligations de couverture imposées aux éditeurs de ce multiplex et à la société "Compagnie du numérique hertzien SA". Il devra ainsi s'engager à diffuser son service, en France métropolitaine, auprès de 95 % de la population selon le calendrier fixé pour le réseau R3. Un service peut comprendre une partie de son catalogue fournie gratuitement et une autre accessible avec une rémunération de la part des usagers ; v. [http://www.satmag.fr/affichage\\_module.php?no\\_theme=1&no\\_news=12917&id\\_mod=50](http://www.satmag.fr/affichage_module.php?no_theme=1&no_news=12917&id_mod=50).



---

L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

---

EA n° 4328