

# MEDIA LAW NEWSLETTER



AJA AVOCATS - 7, avenue de la Bourdonnais - 75007 Paris, France  
 jc.zedjaoui@aja-avocats.com + 33 (0) 1 71 19 71 47

## Audiovisuel

### ❖ Le CSA abroge l'autorisation de diffusion de la chaîne Numéro 23

Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) a décidé d'abroger l'autorisation de diffusion qu'il avait accordée à la société DIVERSITE TV pour l'exploitation de sa chaîne de télévision « Numéro 23 ». Cette décision rendue le 14 octobre 2015 a été prononcée au terme d'une procédure de sanction entamée le 23 juin 2015.

Le 3 juillet 2012, le CSA a autorisé DIVERSITE TV à utiliser une ressource radioélectrique pour l'exploitation d'un service de télévision à caractère national, diffusé en clair par voie hertzienne terrestre en haute définition et dénommé « Numéro 23 ». Monsieur Pascal Houzelot, qui détenait 100% des actions de cette société, se substituera par la suite sa société PHO HOLDING (PHO) dans la composition du capital de DIVERSITE TV. Le 21 octobre 2013, la société russe UNITED TV HOLDING RUSSIA LIMITED (UTH) a acquis 15% des actions de DIVERSITE TV et a conclu un pacte d'actionnaires avec PHO.

Le 9 avril 2015, le groupe NextRadio TV et DIVERSITE TV ont déposé auprès du CSA une demande d'agrément de modification du contrôle de DIVERSITE TV dans le cadre de la vente de cette dernière au groupe NextRadio TV pour la somme de 88,3 millions d'euros. Le Conseil avait entre-temps demandé à DIVERSITE TV une copie de son pacte d'actionnaires mais ce document ne lui sera transmis que le 25 mai 2015, soit postérieurement à la demande d'agrément déposée par NextRadio.

**L'instruction menée par le CSA avait pour objet de déterminer « si les modifications opérées sans agrément préalable sont de nature à compromettre l'impératif fondamental de pluralisme et l'intérêt public et justifient, par suite, une abrogation de l'autorisation initialement accordée ». Il lui revenait à ce titre de « vérifier si l'objectif poursuivi à travers ces modifications n'est pas contraire aux intérêts initialement affirmés par le candidat lors de l'appel aux candidatures et au vu desquelles l'autorisation lui a été attribuée ».**

S'agissant du contrôle de DIVERSITE TV, il est apparu que le pacte d'actionnaires conclu en 2013 conférait un droit de veto à UTH pour l'adoption de certaines décisions. L'organisation de ce pacte traduisait aussi une action de concert entre UTH et PHO pour le contrôle conjoint de DIVERSITE TV. Indépendamment de cette prise de contrôle, la signature d'un pacte d'actionnaires moins d'un an et demi après la délivrance de l'autorisation à DIVERSITE TV et la demande de cession de la totalité du capital de cette société formulée en avril 2015, constituaient pour le CSA, « ensemble, une modification substantielle des données au regard desquelles l'autorisation a été délivrée » et il lui appartenait d'apprécier si cette modification substantielle n'avait pas, au vu des principes dégagés par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, « pour objet ou pour effet de porter atteinte aux intérêts du domaine public dont il est affectataire et à la sauvegarde des intérêts publics sur lesquels il

### Dans ce numéro :

- **Le CSA abroge l'autorisation de diffusion de la chaîne Numéro 23**
- **Le CSA publie les résultats de la vague 2015 du baromètre de la diversité à la télévision**
- **« INTIME CONVICTION » : la Cour de Cassation confirme l'interdiction de la diffusion du programme d'ARTE**
- **RADIO FRANCE condamnée pour concurrence déloyale**
- **Le Safe Harbor invalidé par la Cour de Justice de l'Union Européenne**
- **L'offre vidéo d'un site de presse peut constituer un service de médias audiovisuels soumis à déclaration**

### *lui revient de veiller ».*

Le CSA rappelle à ce titre que la candidature de DIVERSITE TV avait été retenue en raison notamment, de son projet consacré à la diversité de la société française, à toutes les formes de culture et donnant une place importante à l'information internationale. Il souligne également que lors de son audition le 8 mars 2012, dans le cadre de l'appel à candidatures, DIVERSITE TV avait fait valoir qu'elle comptait pour son développement sur un actionariat solide et durable, et que l'autorisation avait été délivrée au vu d'un plan de financement dont l'équilibre prévisionnel était envisagé en 2019, avec une montée en charge progressive des obligations de sa convention jusqu'à cette même date. **La société n'avait jamais fait état d'un plan de financement susceptible de conduire à une cession totale anticipée, plusieurs années avant la fin de cette montée en charge.**

Or, le Conseil a pu constater que « dès mai 2013, soit moins de six mois après le lancement effectif de la chaîne et, au surplus, dans le cours de la période visée à l'article 5-2 de la convention, l'actionnaire majoritaire de la société est entré en contact avec la société UHT ; ce contact a débouché le 21 octobre 2013 sur la conclusion du pacte d'actionnaires entre les sociétés PHO et UTH conduisant au changement de contrôle de la société dans la perspective commune d'une cession du capital de la société DIVERSITE TV ». **Cette « dernière opération a été dissimulée dans toute sa portée au Conseil jusqu'à ce qu'après plusieurs relances, la dernière d'entre-elles ayant été provoquée par la communication du projet de vente, le pacte soit finalement reçu et mis à l'instruction par le Conseil le 25 mai 2015 ».**

Il apparaît par ailleurs que DIVERSITE TV n'a que « très partiellement rempli les objectifs affirmés lors de sa candidature, faisant l'objet de plusieurs rappels, mises en garde et mises en demeure de la part du Conseil en raison de l'inexécution de plusieurs de ses obligations conventionnelles ».

Le CSA a enfin relevé que le montant de 88,3 millions d'euros annoncé pour le projet de cession de DIVERSITE TV était « *peu en rapport avec la situation financière de la société, ses pertes actuelles et son plan d'affaires prévisible* ». Il en découlait que « *la valorisation de la société DIVERSITE TV, telle qu'elle ressort du projet de vente soumis au Conseil, repose, à titre principal, sur la valeur de l'autorisation administrative qui lui a été attribuée* ».

Au terme de son analyse, le Conseil a jugé que les dispositions du pacte d'actionnaires se matérialisant finalement dans le projet de cession qui lui était soumis, « *révèlent que l'actionnaire majoritaire de la société DIVERSITE TV a, dès mai 2013, et en contradiction avec les objectifs affirmés dans sa candidature, cherché avant tout à valoriser à son profit l'autorisation administrative dont bénéficiait la société, et ce, dans la seule perspective d'une cession de son capital social à un nouvel actionnaire* ». « *Une telle démarche constitue un abus de droit à caractère frauduleux contraire à la finalité poursuivie par le législateur à travers le principe de gratuité d'occupation du domaine public hertzien, lequel a vocation à permettre la poursuite de l'impératif fondamental de pluralisme garanti par la loi du 30 septembre 1986, et non à asseoir la valeur financière de la personne morale titulaire d'une autorisation délivrée par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* ».

Les manquements relevés par le CSA étaient de nature à remettre en cause les choix opérés lors de l'appel à candidature qui l'avaient conduit à délivrer une autorisation à DIVERSITE TV. Ils justifiaient par conséquent que le Conseil prononce l'abrogation de cette autorisation de diffuser **Numéro 23**. Cette décision ne prendra effet que le 30 juin 2016, « *pour qu'elle ne porte atteinte à aucun des principes et intérêts dont le Conseil a la charge* ». La décision du CSA précise que DIVERSITE TV peut mettre ce délai à profit pour « *modifier les conditions de l'appréciation du Conseil à l'occasion d'un recours administratif* ». Le président du CSA a confirmé à cet égard par voie de presse, que si les décisions qui ont motivé cette décision disparaissaient, le Conseil serait alors « *disposé à réexaminer cette affaire, mais uniquement dans ce cas-là* ».

📁 CSA, Assemblée plénière, décision n°2015-367 du 14 octobre 2015 portant sanction à l'encontre de la société DIVERSITE TV France

#### ❖ Le CSA publie les résultats de la vague 2015 du baromètre de la diversité à la télévision

Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) a publié les résultats de la vague 2015 de son baromètre de la diversité à la télévision.

Depuis la loi du 31 mars 2006 dite de « *l'égalité des chances* », le Conseil « *contribue aux actions en faveur de la cohésion sociale et à la lutte contre les discriminations dans le domaine de la communication audiovisuelle. Il veille, notamment auprès des éditeurs de services de radio et de télévision, compte tenu de la nature de leurs programmes, à ce que la programmation reflète la diversité de la société française* ». Le CSA a ainsi mis en œuvre en 2009, un « *baromètre de la diversité* » qui constitue un outil de mesure destiné à évaluer de façon objective la perception de la diversité de la société française à la télévision. L'axe prioritaire retenu par le Conseil a été celui de la diversité « *des origines* », « *pour répondre à une demande sociale particulièrement forte dans le prolongement de la crise dite « des banlieues » de novembre 2005* ».

La méthode appliquée repose sur l'observation des programmes et l'indexation des personnes qui s'expriment à l'antenne, en ce compris les figurants. Parmi les critères retenus, le rôle

« *positif* », « *négatif* » ou « *neutre* » de l'intervenant est également indexé dans le baromètre. L'étude du CSA porte sur le visionnage de 16 chaînes de la TNT gratuite (TF1, France 2, France 3, France 5, M6, D8, W9, TMC, NT1, NRJ 12, France 4, BFM TV, I>Télé, D17, Gulli, France Ô) et de Canal +.

Le CSA tire sept « *constats* » des résultats de la vague 2015 de son baromètre de la diversité :

- **Il y a très peu d'évolution dans la représentation des origines à l'antenne par rapport aux années précédentes.** Globalement, les personnes et personnages perçus comme « *blancs* » sont largement majoritaires à la télévision (86%).
- **La représentation des origines est variable selon les catégories sociales.** Les catégories socioprofessionnelles supérieures sont représentées à 89% par des personnes perçues comme blanches. « *Les personnes perçues comme « non-blanches » sont un peu plus représentées chez les CSP- (17% vs.14% pour l'ensemble des personnes indexées), chez les inactifs (16% vs. 14%) et surtout dans les activités marginales ou illégales (37% vs. 14%)* ». Plus la catégorie sociale exposée est élevée, moins la part des personnes perçues comme « *non-blanches* » est donc importante.
- **Les femmes sont sous-représentées quelle que soit leur origine perçue.** L'étude du baromètre montre que les personnes perçues comme « *non-blanches* » sont plus représentées par des hommes (16%) que par des femmes (13%).
- **Les deux extrémités de la pyramide des âges sont sous-représentées.** La télévision montre peu les plus jeunes (seuls 8% des personnes / personnages ont moins de 20 ans, alors que ces derniers représentent, en réalité, 25% dans la population française) et les plus âgés (6% contre 18%). Au total, la tranche d'âge des 35-49 ans domine la représentation avec 44% des personnes indexées alors qu'elle ne représente que 20% dans la population française. Le CSA relève notamment qu'en combinant le critère de l'âge avec l'origine perçue, « *on peut notamment remarquer que les personnes perçues comme « non-blanches » sont nettement plus représentées chez les moins de 20 ans (18%) qu'au sein de la tranche d'âge « 65 ans et plus » (4%)* ».
- **La distribution des rôles favorise les personnes perçues comme « blanches ».** L'analyse de la distribution des rôles met en exergue « *que, moins le rôle est important, plus il est susceptible d'être occupé par un personnage perçu comme « non-blanc* ». Ainsi, 9% des rôles qualifiés de « *héros* » sont occupés par des personnes perçues comme « *non-blanches* » alors que celles-ci occupent 21% des rôles de figurants ».
- **Les rôles aux attitudes « négatives » sont davantage occupés par des personnes perçues comme non-blanches.** Les rôles à connotation négative ont plus tendance à être occupés par des personnes perçues comme « *non-blanches* » (29%) que les rôles à connotation positive (12%).
- **Le handicap n'est toujours pas suffisamment représenté à l'antenne.** Seulement 0,4% des individus indexés sont perçus comme handicapés, quelle que soit l'origine perçue (0,4% pour les personnes perçues comme blanches et 0,5% pour les personnes perçues comme non-blanches).

📁 CSA, vague 2015 du Baromètre de la diversité à la télévision, publié le 12 octobre 2015

❖ **« INTIME CONVICTION » : la Cour de Cassation confirme l'interdiction de la diffusion du programme d'ARTE**

La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi que les sociétés MAHA PRODUCTIONS et ARTE ont formé à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris qui a confirmé le 28 février 2014, les mesures ordonnées la veille par le juge des référés pour empêcher la diffusion de l'émission « *Intime conviction* » programmée par ARTE (cf. MEDIA LAW NEWSLETTER n°11).

Le projet de la chaîne de télévision consistait à diffuser dans un premier temps, le 14 février 2014, le téléfilm « *Intime conviction* » qui relatait une enquête policière menée à la suite de la mort violente d'une femme, jusqu'à l'arrestation de son époux médecin légiste. ARTE projetait dans un second temps, de diffuser jusqu'au 2 mars 2014, sur le site internet [www.intimeconviction.arte.tv](http://www.intimeconviction.arte.tv), des vidéos montrant le déroulement du procès d'assises de ce personnage baptisé Paul VILLERS. Ce dispositif devait permettre à chaque internaute de consulter le dossier constitué par la production du programme, de livrer son avis et de laisser finalement la chaîne diffuser le verdict de la Cour d'Assises puis celui des internautes.

**Monsieur Jean-Louis MULLER, qui avait été acquitté en 2013 du meurtre de son épouse, s'est reconnu dans le personnage de Paul VILLERS.** Se fondant sur les articles 9 et 1382 du Code civil, il a entamé une procédure de référé à l'encontre des coproducteurs et du diffuseur du programme, pour obtenir, entre autres mesures, la cessation sous astreinte de la diffusion d'« *Intime conviction* ».

Le premier moyen de cassation reprochait à la Cour d'Appel de Paris d'avoir ordonné la cessation de la diffusion du programme et le paiement d'une provision à valoir sur l'indemnisation du préjudice invoqué, ainsi que des mesures de publication de cette condamnation. L'argument reposait essentiellement sur « *l'identique valeur normative* » des droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression. Il était ainsi reproché aux premiers juges de ne pas avoir procédé à « *une balance des intérêts en présence* » pour rendre leur décision.

L'arrêt rendu le 30 septembre 2015 rappelle que « **le droit au respect de la vie privée, prévu par les articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du Code civil, et le droit à la liberté d'expression, régi par l'article 10 de la Convention, ont la même valeur normative. Il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime** ». Or, l'arrêt d'appel avait constaté que « *si le téléfilm diffusé le 14 février 2014 est une œuvre de fiction, il présente, avec l'affaire dans laquelle Monsieur MULLER a été jugé, de nombreuses similitudes, détaillées dans la décision* ». Il relevait « *qu'une scène de pure fiction, ajoutée aux faits réels, également décrite dans la décision, porte aussi atteinte au droit au respect de la vie privée de Monsieur MULLER, fût-elle imaginaire, et que les différences minimes entre l'œuvre de fiction et la vie de ce dernier ne suffisent pas à empêcher toute confusion, la presse ayant largement fait état de ce que l'histoire de Paul VILLERS était inspirée de celle de Monsieur MULLER et les réactions d'internautes montrant qu'ils ont identifié celui-ci* ». La Cour d'Appel avait également énoncé que, « *même si une partie des faits liés à la vie privée de ce dernier a été auparavant divulguée, ils ne peuvent être licitement repris, dès lors que le programme « Intime Conviction » est une œuvre de fiction et non un documentaire ni une émission d'information, et*

*que, si la création audiovisuelle peut s'inspirer de faits réels et mettre en scène des personnages vivants, elle ne saurait, sans l'accord de ceux-ci, empiéter sur leur vie privée dès lors qu'elle ne présente pas clairement les éléments ressortant de celles-ci comme totalement fictifs* ». **La Cour d'Appel avait donc bien « procédé à la mise en balance du droit au respect de la vie privée de Monsieur MULLER et du droit à la liberté d'expression de la société MAHA PRODUCTIONS, de la société ARTE et du GEIE ARTE** ». Elle pouvait donc déduire de ses constatations que l'atteinte aux droits de Monsieur MULLER était caractérisée et justifiait que la liberté d'expression du producteur et de la chaîne soit limitée.

Ces sociétés reprochaient également aux premiers juges d'avoir ordonné la cessation de toute diffusion du programme « *Intime Conviction* », sous astreinte de 50.000 euros par diffusion du programme, dans l'attente qu'une décision soit rendue par les juges du fond. La Cour de Cassation n'a pas davantage fait droit à ce moyen. Son arrêt rappelle que « **le principe de la liberté d'expression consacré par le paragraphe 1er de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peut comporter, ainsi qu'il résulte de son paragraphe 2, des restrictions et des sanctions nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui ; tel est l'objet de l'article 9 du Code civil, qui donne au juge, par des dispositions précises, le pouvoir d'ordonner toute mesure propre à empêcher ou à faire cesser les atteintes au droit au respect de la vie privée ainsi qu'à réparer le préjudice qui en résulte** ». Partant, « *c'est sans méconnaître les exigences de ces textes, ni de l'article 809 du Code de procédure civile, et par une mesure en proportion avec l'atteinte qu'elle avait caractérisée, que, constatant l'ampleur de celle portée au droit au respect de la vie privée de Monsieur Muller et la publicité mise en œuvre lors de la campagne promotionnelle du programme « Intime Conviction » et de la diffusion multimédia de celui-ci, dans lequel il était proposé de le rejouer, la Cour d'Appel a pu en déduire que les faits reprochés aux sociétés MAHA PRODUCTIONS et ARTE, et au GEIE ARTE présentaient une gravité telle que seule la cessation sans délai de la diffusion de ce programme, sous astreinte de 50.000 euros par diffusion de celui-ci dans son intégralité ou par extraits sur quelque support que ce soit, était de nature à faire cesser le trouble manifestement illicite subi par Monsieur MULLER* ».

📁 Cour de Cassation, 1<sup>ère</sup> Chambre Civile, arrêt du 30 septembre 2015

❖ **RADIO FRANCE condamnée pour concurrence déloyale**

Le Tribunal de Commerce de Paris a jugé que la Société Nationale de Radiodiffusion RADIO FRANCE avait commis des actes de concurrence déloyale au préjudice des radios privées représentées par leurs syndicats professionnels.

Le Syndicat Interprofessionnel des Radios et Télévisions Indépendantes (SIRTI), le Syndicat des Réseaux Radiophoniques Nationaux (SRN) et le Syndicat des Radiodiffuseurs Généralistes Privés (SRGP) ont pour objet la défense des intérêts matériels et moraux des différentes radios privées qu'ils représentent. RADIO FRANCE est une société anonyme détenue par l'Etat Français. Du fait de sa mission de service public, elle est régie par une réglementation propre, précisée par un Cahier des missions et des charges approuvé par décret du 13 novembre 1987.

Les radios privées tirent l'essentiel de leurs ressources de la publicité. **Les revenus de RADIO FRANCE proviennent au contraire de subventions publiques, même si elle est autorisée à diffuser des publicités collectives et d'intérêt**



**général.** Or, les syndicats considéraient que RADIO FRANCE faussait le marché publicitaire radiophonique et commettait des actes de concurrence déloyale en diffusant régulièrement des publicités commerciales.

Saisi par les trois syndicats précités, le Tribunal de Commerce de Paris a confirmé le 6 octobre 2015, qu'en « **diffusant de manière répétée des publicités hors du domaine autorisé par son Cahier des missions et des charges** », RADIO FRANCE « **a commis des actes de concurrence déloyale au détriment** » des membres de ces organisations professionnelles.

Ce jugement rappelle qu'en raison de « *son statut public, de ses missions de service public et des particularités de son financement* » RADIO FRANCE est soumise à une réglementation particulière qui, entre autres dispositions, apporte « *des limitations quantitatives et qualitatives en matière de diffusion d'annonces publicitaires* ». Il est notamment stipulé que « **toute publicité collective qui présente directement ou indirectement le caractère de publicité de marques déguisée est interdite** ».

Cependant, pour le Tribunal, la seule violation du Cahier des charges de RADIO FRANCE ne suffisait pas en soi à caractériser un acte de concurrence déloyale. Il importait de rapporter la preuve de l'existence d'un dommage et d'un trouble commercial. Les syndicats faisaient état à ce titre, de quatre mises en garde du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) concernant la diffusion par RADIO FRANCE de messages publicitaires mentionnant des marques. Ils se fondaient également sur des enregistrements sonores de spots publicitaires vantant des produits et services de marques. Les radios privées produisaient enfin les résultats des « *piges* » réalisées par un organisme privé et recensant l'ensemble des annonces publicitaires diffusées par les chaînes de RADIO FRANCE. « *L'ensemble des noms de marques prohibés ainsi recensés* » concernaient « *plus du quart des recettes publicitaires annuelles de RADIO FRANCE hors parrainages, au tarif barème* ». Contrairement à ce que soutenait RADIO FRANCE, ils ne constituaient « *donc pas des exceptions marginales* ». Par ailleurs, avec une présence sur le marché publicitaire total des radios de France, « *de l'ordre de 5,5% pour les publicités classiques, et de 7% si on inclut les parrainages* », les manquements de RADIO FRANCE représentaient « *une part limitée du marché publicitaire radiophonique* » mais qui n'était « *pas pour autant insignifiante, outre le fait que la moyenne nationale peut cacher des parts de marché plus importantes dans certaines zones géographiques* ».

S'agissant du contexte dans lequel s'inscrivait cette procédure, « *les travaux parlementaires, les rapports du CSA, les déclarations du Président de RADIO FRANCE ou du Ministre de tutelle, amplement cités par la défenderesse, témoignent d'un débat sur les limites de l'accès de la chaîne publique au marché publicitaire et les mérites qu'il y aurait à réviser un Cahier des missions et des charges anciens, mais sont sans pertinence pour le débat qui porte sur des faits constatés au regard de la réglementation actuellement en vigueur* ». En l'état, « **l'intrusion répétée de RADIO FRANCE sur un marché publicitaire qui lui est interdit, ne peut être sans incidence sur ce marché et y augmente de fait, et de manière illicite, la concurrence** ». Le « *trouble certain* » qui en résulte pour les radios privées justifiait par conséquent que leurs syndicats agissent pour faire respecter les règles de la concurrence loyale.

Ces organismes sollicitaient du Tribunal qu'il ordonne sous astreinte à RADIO FRANCE de cesser la diffusion de toute publicité sur ses antennes. Le jugement rejette cette demande au motif « *qu'une astreinte ne peut être attachée qu'à l'exécution, ou la non-exécution, d'un acte précis et défini, et*

*non au respect d'une obligation générale* ». Le cas échéant, les personnes s'estimant victimes de nouveaux manquements, devront par conséquent entamer de nouvelles procédures. Les juges consulaires n'ont pas davantage autorisé la publication judiciaire de leur décision dès lors que les syndicats avaient « *amplement démontré qu'ils avaient les moyens, même gratuitement, de faire relayer par la presse les informations qu'ils souhaitent communiquer* ».

Le SIRTI le SRN et le SRGP ont en revanche obtenu chacun la somme de 20.000 euros à titre de dommages et intérêts. Même s'ils n'étaient pas habilités à agir en lieu et place de leurs membres qui invoqueraient un préjudice économique personnel, « **de tout acte de concurrence déloyale s'infère nécessairement un préjudice** ». « *Indépendamment du préjudice immatériel collectif de l'ensemble de la profession, le comportement de RADIO FRANCE [avait] causé un préjudice direct à chacun des Syndicats qui, au-delà de la présente instance, [avait] dû engager des actions pour faire cesser la concurrence déloyale qu'il [dénonçait] et en [avait] supporté les coûts* », justifiant ainsi qu'ils soient indemnisés par le Tribunal. Les condamnations prononcées ont été assorties de l'exécution provisoire.

✉ Tribunal de Commerce de Paris, 1<sup>ère</sup> Chambre, jugement du 6 octobre 2015

## Internet

### ❖ Le Safe Harbor invalidé par la Cour de Justice de l'Union Européenne

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a invalidé le 6 octobre 2015, la décision de la Commission Européenne qui autorisait le transfert de données personnelles de la Communauté Européenne vers les Etats Unis.

La décision 2000/520/CE, prise « *conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la «sphère de sécurité» et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique* » a été adoptée le 26 juillet 2000 par la Commission Européenne. Ce texte rendu sur le fondement de la directive 95/46/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, « *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données* », fixait les conditions dans lesquelles le transfert de données personnelles de la Communauté Européenne vers les Etats-Unis pouvait présenter « *un niveau de protection adéquat* » et être ainsi autorisé.

Sa validité a été remise en cause à l'occasion d'un litige soulevé par un ressortissant autrichien qui contestait l'utilisation de ses données personnelles par l'exploitant du réseau social FACEBOOK.

Les personnes résidant sur le territoire européen qui souhaitent utiliser FACEBOOK sont tenues de conclure un contrat avec la société FACEBOOK Ireland, filiale de FACEBOOK Inc., elle-même établie aux États-Unis. C'est dans ce cadre que **les données à caractère personnel de ces utilisateurs de FACEBOOK sont transférées vers des serveurs appartenant à FACEBOOK Inc., situés sur le territoire des États-Unis, où elles font l'objet d'un traitement.**

Suite aux révélations de Monsieur Edward Snowden sur les activités des services de renseignement américains, Monsieur Schrems a saisi en juin 2013, le Data Protection Commissioner

d'une plainte par laquelle il demandait à la CNIL irlandaise d'exercer ses compétences statutaires en interdisant à FACEBOOK Ireland de transférer ses données à caractère personnel vers les États-Unis. Le plaignant soutenait que le droit et les pratiques en vigueur dans ce pays ne garantissaient pas une protection suffisante des données à caractère personnel conservées sur le territoire de celui-ci contre les activités de surveillance qui y étaient pratiquées par les autorités publiques.

Le Data Protection Commissioner a rejeté cette plainte au motif, notamment, qu'il n'était pas tenu de procéder à une enquête sur les faits qui y étaient dénoncés et que cette plainte était dépourvue de fondement. Monsieur Schrems a par conséquent saisi la Haute Cour de Justice irlandaise. Cette juridiction a d'abord relevé que « *la surveillance électronique et l'interception des données à caractère personnel transférées depuis l'Union vers les États-Unis répondaient à des finalités nécessaires et indispensables à l'intérêt public* ». Elle a surtout retenu que le recours qui lui était soumis avait en réalité pour objet de **dénoncer la légalité du régime de la « sphère de sécurité »** mis en place par la décision 2000/520 et dont procédait la décision du Data Protection Commissioner. C'est dans ces conditions que la Haute Cour irlandaise a saisi la Cour de Justice Européenne de questions préjudicielles tendant à savoir « *si et dans quelle mesure* » la directive 95/46 doit être interprétée en ce sens « *qu'une décision adoptée au titre de cette disposition, telle que la décision 2000/520, par laquelle la Commission constate qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat, fait obstacle à ce qu'une autorité de contrôle d'un État membre puisse examiner la demande d'une personne relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel la concernant qui ont été transférées depuis un État membre vers ce pays tiers, lorsque cette personne fait valoir que le droit et les pratiques en vigueur dans celui-ci n'assurent pas un niveau de protection adéquat* » ?

L'arrêt de la CJUE rappelle que même si « *des transferts de données à caractère personnel depuis les États membres vers des pays tiers sont nécessaires au développement du commerce international* », « *de tels transferts ne peuvent avoir lieu que si ces pays tiers assurent un niveau de protection adéquat* ». A défaut, ces transferts doivent être interdits. Les autorités nationales de contrôle sont à ce titre, investies « *de la compétence de vérifier si un transfert de données à caractère personnel depuis l'État membre dont elle relève vers un pays tiers respecte les exigences posées par la directive 95/46* ». La CJUE reste cependant seule compétente pour statuer sur la validité d'un acte de l'Union, tel que la décision de la Commission qui lui était soumise, à charge pour les autorités locales d'utiliser la voie préjudicielle permettant cet examen par la Cour.

La CJUE a finalement répondu à la Haute Cour irlandaise que les dispositions de la directive 95/46 ne faisaient pas obstacle « *à ce qu'une autorité de contrôle d'un État membre examine la demande d'une personne relative à la protection de ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel la concernant qui ont été transférées depuis un État membre vers ce pays tiers, lorsque cette personne fait valoir que le droit et les pratiques en vigueur dans celui-ci n'assurent pas un niveau de protection adéquat* ».

S'agissant de la validité de la décision consacrant le « *Safe Harbor* », l'arrêt rappelle que l'article 25 de la directive 95/46 interdit les transferts de données à caractère personnel vers un pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat. Ce texte prévoit toutefois que la Commission « *peut constater [...] qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat au sens du paragraphe 2 de cet article, en raison de sa législation*

*interne ou de ses engagements internationaux [...], en vue de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes* ».

Dans la mesure où aucun texte ne définit cette notion, la CJUE précise également que « *l'expression « niveau de protection adéquat » doit être comprise comme exigeant que ce pays tiers assure effectivement, en raison de sa législation interne ou de ses engagements internationaux, un niveau de protection des libertés et droits fondamentaux substantiellement équivalent à celui garanti au sein de l'Union en vertu de la directive 95/46, lue à la lumière de la Charte* » des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

Ces principes étant rappelés, l'arrêt s'est prononcé sur la validité de l'article 1 de la décision 2000/520 par lequel la Commission a considéré que les conditions de transfert des données personnelles depuis l'Union vers les États-Unis assuraient un niveau adéquat de protection de ces données. Il est ainsi constaté que « *la décision 2000/520 consacre la primauté des « exigences relatives à la sécurité nationale, à l'intérêt public et au respect des lois des États-Unis » sur les principes de la sphère de sécurité, primauté en vertu de laquelle les organisations américaines autocertifiées recevant des données à caractère personnel depuis l'Union sont tenues d'écarter, sans limitation, ces principes lorsque ces derniers entrent en conflit avec ces exigences et s'avèrent donc incompatibles avec celles-ci* ». De même, le « *caractère général* » des dérogations prévues par la décision 2000/520, « *rend ainsi possible des ingérences, fondées sur des exigences relatives à la sécurité nationale et à l'intérêt public ou sur la législation interne des États-Unis, dans les droits fondamentaux des personnes dont les données à caractère personnel sont ou pourraient être transférées depuis l'Union vers les États-Unis* ». Or, « *la Commission a constaté qu'il n'existait pas, pour les personnes concernées, de voies de droit administratives ou judiciaires permettant, notamment, d'accéder aux données les concernant et, le cas échéant, d'obtenir leur rectification ou leur suppression* ».

En outre, alors que « *la protection du droit fondamental au respect de la vie privée au niveau de l'Union exige que les dérogations à la protection des données à caractère personnel et les limitations de celle-ci s'opèrent dans les limites du strict nécessaire* », « *n'est pas limitée au strict nécessaire une réglementation qui autorise de manière généralisée la conservation de l'intégralité des données à caractère personnel de toutes les personnes dont les données ont été transférées depuis l'Union vers les États-Unis sans qu'aucune différenciation, limitation ou exception soit opérée en fonction de l'objectif poursuivi et sans que soit prévu un critère objectif permettant de délimiter l'accès des autorités publiques aux données et leur utilisation ultérieure à des fins précises, strictement restreintes et susceptibles de justifier l'ingérence que comportent tant l'accès que l'utilisation de ces données* ».

La CJUE relève enfin qu'en dépit des exigences communautaires, « *la Commission n'a pas fait état, dans la décision 2000/520, de ce que les États-Unis d'Amérique « assurent » effectivement un niveau de protection adéquat en raison de leur législation interne ou de leurs engagements internationaux* ».


La décision contestée ne garantissait pas en définitive, les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à une protection juridictionnelle effective. La Cour a par conséquent jugé que l'article 1er de cette décision méconnaissait les exigences fixées à l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46, lu à la lumière de la Charte, et qu'il était de ce fait invalide.



L'article 3 de la décision 2000/520 a également été invalidé.

Ce texte prévoit une réglementation spécifique quant aux pouvoirs dont disposent les autorités nationales de contrôle au regard d'une constatation effectuée par la Commission relativement au niveau de protection adéquat, au sens de l'article 25 de la directive 95/46. La Cour a toutefois relevé que cette disposition « *exclut la possibilité pour lesdites autorités de prendre des mesures visant à assurer le respect de l'article 25 de cette même directive* ». Ainsi, « *l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de la décision 2000/520 doit donc être compris comme privant les autorités nationales de contrôle des pouvoirs qu'elles tirent de l'article 28 de la directive 95/46, dans le cas où une personne avance, à l'occasion d'une demande au titre de cette disposition, des éléments susceptibles de remettre en cause la compatibilité avec la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes d'une décision de la Commission ayant constaté, sur le fondement de l'article 25, paragraphe 6, de cette directive, qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat* ». Or, pour la CJUE, « **le pouvoir d'exécution accordé par le législateur de l'Union à la Commission à l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46 ne confère pas à cette institution la compétence de restreindre les pouvoirs des autorités nationales de contrôle** ».

Il a par conséquent été jugé que la Commission avait outrepassé ses droits en adoptant l'article 3 de la décision 2000/520 et ce texte a également été invalidé. La nullité des articles 1 et 3 a été étendue à l'ensemble des autres dispositions, jugées indissociables, qui composent la décision 2000/520 et de ce fait **l'intégralité de ce texte a été jugé invalide**.

 Cour de Justice de l'Union Européenne, Grande Chambre, arrêt du 6 octobre 2015

❖ **L'offre vidéo d'un site de presse peut constituer un service de médias audiovisuels soumis à déclaration**

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a jugé le 21 octobre 2015, que l'offre de courtes vidéos sur le site Internet d'un journal pouvait être qualifiée de « *service de média audiovisuel* » relevant de la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 10 mars 2010, « *visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels* ».

Cet arrêt a été rendu à l'occasion d'un litige qui opposait l'éditeur du journal en ligne autrichien « *Tiroler Tageszeitung Online* », à l'autorité autrichienne des communications.

Outre son activité principale de publication d'articles de presse écrite, le site de la société New Media Online proposait **un lien vers un sous-domaine intitulé « Vidéo » qui permettait d'accéder à un catalogue de plus de 300 vidéos**. Les films ainsi mis en ligne présentaient des nouvelles de type rédactionnel de différentes longueurs, de 30 secondes jusqu'à plusieurs minutes, qui portaient sur des sujets variés, tels que, notamment, des manifestations et des événements locaux, des « *micro-trottoirs* », des manifestations sportives, des bandes annonces de films, des notices de bricolage pour enfants ou des vidéos de lecteurs sélectionnées par la rédaction. Très peu de ces vidéos avaient un rapport avec les articles figurant sur le site Internet du journal Tiroler Tageszeitung.

Selon l'autorité autrichienne des communications, le sous-domaine vidéo constituait un service de médias audiovisuels à la demande soumis à l'obligation de notification prévue par le

droit local. L'éditeur a porté devant la haute juridiction autrichienne sa contestation de cette qualification. La requérante soutenait notamment que ses contenus audiovisuels n'étaient qu'un complément de son site Internet principal et n'avaient pas la forme d'un service de médias audiovisuels. La juridiction saisie a préféré sursoir à statuer et soumettre deux questions préjudicielles à la CJUE.

Il a d'abord été demandé à la Cour si la notion de « *programme* », « *au sens de l'article 1er, paragraphe 1, sous b), de la directive 2010/13, doit être interprétée en ce sens qu'elle comprend la mise à disposition, sur un sous-domaine du site Internet d'un journal, de vidéos de courte durée qui correspondent à de courtes séquences extraites de bulletins d'informations locales, de sport ou de divertissement* » ?

La CJUE a soulevé plusieurs moyens qui l'ont conduite à répondre par l'affirmative.

S'agissant de la nature des vidéos en cause, l'arrêt rappelle en premier lieu que, selon la définition retenue par la directive « *Services de médias audiovisuels* », **la notion de « programme »** vise « *un ensemble d'images animées, [...] constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un fournisseur de services de médias et dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle* ». Ce texte « **exige ainsi la comparabilité des séquences vidéo, telles que celles en cause, avec la forme et le contenu de la radiodiffusion télévisuelle, et non pas la comparabilité d'une compilation complète de courtes vidéos avec une grille ou un catalogue complet établi par un opérateur de radiodiffusion télévisuelle** ». Par ailleurs, la circonstance que les vidéos concernées aient été de courte durée ne devait pas entrer en ligne de compte : la directive ne comporte pas d'exigence relative à la durée de l'ensemble d'images concerné et l'offre de la radiodiffusion télévisuelle comporte, aux côtés de programmes de longue ou de moyenne durée, des programmes de courte durée.

**La manière de sélectionner les vidéos en cause ne devait pas davantage empêcher la qualification de programme**. En effet, « *la possibilité, pour l'internaute, d'accéder à la vidéo qui l'intéresse au moment choisi et sur demande individuelle sur la base d'un catalogue établi par l'exploitant du journal en ligne, qui permet tant la recherche par rubrique que la recherche des vidéos les plus regardées ou les plus actuelles* », n'enlève rien « *au fait que, à l'instar d'un programme de radiodiffusion télévisuelle, les vidéos en cause au principal s'adressent à un public de masse et sont susceptibles d'avoir sur celui-ci un impact manifeste* » au sens de la directive.

La Cour rappelle enfin que **la finalité de la directive était d'appliquer, « dans un univers médiatique particulièrement concurrentiel, les mêmes règles à des acteurs s'adressant au même public », et d'éviter ainsi que « des services de médias audiovisuels à la demande, tels que la vidéothèque en cause au principal, puissent faire une concurrence déloyale à la télévision traditionnelle** ». Or, une partie des vidéos accessibles dans le sous-domaine en cause était en concurrence avec les chaînes d'information régionales ou encore les chaînes sportives, musicales ou de divertissement.

L'arrêt du 21 octobre 2015 retient ainsi que **la notion de « programme » adoptée par la directive « doit être interprétée en ce sens qu'elle comprend la mise à disposition, sur un sous-domaine du site Internet d'un journal, de vidéos de courte durée qui correspondent à de courtes séquences extraites de bulletins d'informations locales, de sport ou de divertissement »**.

La seconde question préjudicielle demandait « *à partir de quels critères il convient de déterminer l'objet principal, au sens de*

*l'article 1er, paragraphe 1, sous a), i), de la directive 2010/13, d'un service de mise à disposition de vidéos offert dans le cadre de la version électronique d'un journal ».*

La notion d'« *objet principal* » ressort de ce texte qui définit un service de médias audiovisuels comme étant un service « *qui relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias et dont l'objet principal est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques* ». Par référence aux définitions livrées par la directive, **un service de médias audiovisuels est soit une émission télévisée soit un service de médias audiovisuels à la demande. En revanche, les services dont le contenu audiovisuel est secondaire et ne constitue pas la finalité principale ne répondent pas à la définition du «service de médias audiovisuels» et à cet égard, les versions électroniques des journaux et des magazines sont exclues du champ d'application de la directive.**

La Cour précise toutefois qu'**un service audiovisuel ne saurait être systématiquement exclu du champ d'application de cette directive au seul motif que l'exploitant du site Internet dans lequel ce service s'insère est une société d'édition d'un journal en ligne.** En effet, « *une approche qui exclurait du champ d'application de ladite directive, d'une manière générale, les services gérés par les éditeurs de quotidiens en ligne en raison de leur caractère multimédia, sans effectuer une appréciation au cas par cas de l'«objet principal» du service en cause, ne prendrait pas suffisamment en compte la diversité des situations envisageables et comporterait le risque que des opérateurs fournissant effectivement des services de médias audiovisuels, puissent faire usage d'un portail d'information multimédia pour se soustraire à la législation qui leur est applicable dans ce domaine* ».

Par ailleurs, l'une des finalités principales de la directive 2010/13 consiste à parvenir à des conditions de concurrence égales sur le marché des services de médias audiovisuels. Il s'ensuit que la qualification de l'« *objet principal* » d'un site Internet « *ne saurait être subordonnée à la question de savoir si le site Internet concerné, considéré dans son ensemble, se rapporte à l'activité principale d'une entreprise ou à une activité ne représentant, pour celle-ci, qu'un rôle accessoire* ». Pour la Cour, **le niveau de protection accordé aux consommateurs ne saurait, en effet, être dépendant du fait de savoir si un même contenu télévisuel est offert par une entreprise pour laquelle ce contenu représente seulement un rôle mineur ou par une entreprise pour laquelle ledit contenu représente la totalité de son offre.**

**L'arrêt privilégie en définitive une « *approche matérielle* »** consistant à examiner « *si le service en cause a, en tant que tel et indépendamment du cadre dans lequel il est proposé, pour objet principal de fournir un programme dans un but d'information, de divertissement ou d'éducation du grand public* ».

**Il appartenait ainsi à la juridiction nationale d'examiner si le service proposé dans le sous-domaine vidéos avait un contenu et une fonction autonomes par rapport à ceux des articles de presse écrite de l'éditeur du journal en ligne, pour pouvoir retenir ou non la qualification de service de médias audiovisuels.** Et dans le cadre de cette analyse, « *le fait que l'offre audiovisuelle en cause est présentée dans le domaine principal du site Internet concerné ou dans un sous-domaine de celui-ci ne saurait être déterminant, et ce sous peine d'ouvrir la voie à un contournement des règles de la directive 2010/13 au moyen d'une architecture de ce site Internet créée à cette fin* ».

En l'espèce, l'arrêt relève que très peu d'articles de presse

étaient reliés aux séquences vidéo en cause. Par ailleurs, la majeure partie de ces vidéos était accessible et consultable indépendamment de la consultation des articles de la version électronique du journal. Ces éléments tendaient ainsi à indiquer que, même si une telle appréciation appartient à la juridiction de renvoi, « *le service en cause au principal pourrait être considéré comme ayant un contenu et une fonction autonomes par rapport à ceux de l'activité journalistique de la requérante au principal et, partant, comme étant constitutif d'un service distinct des autres services offerts par celle-ci* ».

Au terme de son analyse, la Cour a en définitive jugé que « *l'article 1er, paragraphe 1, sous a), i), de la directive 2010/13 doit être interprété en ce sens que l'appréciation de l'objet principal d'un service de mise à disposition de vidéos offert dans le cadre de la version électronique d'un journal doit s'attacher à examiner si ce service en tant que tel a un contenu et une fonction autonomes par rapport à ceux de l'activité journalistique de l'exploitant du site Internet en cause, et n'est pas seulement un complément indissociable de cette activité, notamment en raison des liens que présente l'offre audiovisuelle avec l'offre textuelle. Cette appréciation incombe à la juridiction de renvoi* ».

 Cour de Justice de l'Union Européenne, Deuxième Chambre, arrêt du 21 octobre 2015



*Media Law Newsletter est éditée par la société d'avocats AJA-AVOCATS. Elle est réservée à l'usage personnel de ses destinataires. Son objet est de présenter une information non exhaustive dans le domaine du droit des médias. AJA-AVOCATS ne saurait être tenue pour responsable de tout dommage, direct ou indirect, résultant de tout usage que ses destinataires pourraient faire des informations contenues dans Media Law Newsletter.*

#### AJA AVOCATS

7, avenue de la Bourdonnais  
75007 PARIS, FRANCE

#### Téléphone :

+33 (0) 1 71 19 71 47

#### Fax :

+33 (0) 1 71 19 77 38

#### Site :

<http://aja-avocats.fr>

#### Rédacteur :

Juan-Carlos ZEDJAOUI  
jc.zedjaoui@aja-avocats.com