

Les équilibres de l'industrie audiovisuelle et cinématographique à l'heure des grandes plateformes de vidéo à la demande

Rapport remis au président
du Centre national du cinéma et de l'image animée
le 4 juin 2024

Fabien Raynaud, conseiller d'État
Hortense Naudascher, auditrice au Conseil d'État

Les équilibres de l'industrie audiovisuelle et cinématographique à l'heure des grandes plateformes de vidéo à la demande

Rapport remis au Centre national du cinéma
Le 5 novembre 2024

Fabien Raynaud, conseiller d'Etat
Hortense Naudascher, auditrice au Conseil d'Etat

SOMMAIRE

I. La France a mis en place une régulation ambitieuse des plateformes de vidéo à la demande, visant à atténuer le choc de l'arrivée sur le marché audiovisuel de ces acteurs extra-européens.

1.1. Le modèle français de répartition de la valeur au sein de l'industrie audiovisuelle et cinématographique a été profondément bouleversé par l'arrivée des SMAD.

- A. Afin de soutenir la diversité culturelle, le législateur français a précocement mis en place des mesures en faveur de la production indépendante, plus ambitieuses que les *minima* prévus par le droit européen.
- B. L'arrivée des SMAD sur le marché européen a bouleversé les équilibres du marché audiovisuel et cinématographique et fragilisé le système de financement de la création.

1.2. L'adaptation de la réglementation à ces plateformes de vidéo à la demande ne disposant d'aucun établissement stable sur le territoire européen a apporté une protection utile au secteur audiovisuel et cinématographique.

- A. Le cadre juridique a été adapté, au niveau français et européen, pour faire face à l'essor de ces nouvelles pratiques contractuelles et résorber les asymétries de réglementation défavorisant les diffuseurs traditionnels.
- B. Ces nouvelles règles ont permis au secteur de la production audiovisuelle et cinématographique français de bénéficier d'investissements importants dans la création provenant des SMAD, tout en contribuant à faire évoluer les pratiques contractuelles.

II. La préoccupation affirmée de « souveraineté culturelle » et la nécessité de favoriser une concurrence plus loyale entre les acteurs conduisent à envisager certains aménagements normatifs.

2.1. L'émergence de plateformes de vidéo à la demande de taille mondiale, à la fois prescriptrices et productrices de contenus, pose un nouveau défi au maintien de la diversité culturelle, à laquelle les outils mis en place par la directive SMA ne répondent que partiellement.

- A. L'intérêt commercial des plateformes extra-européennes, qui est de produire des œuvres à vocation mondiale, présente un risque de standardisation de la production, menaçant l'objectif de diversité culturelle.
- B. D'une efficacité encore limitée, les outils mis en place par la directive SMA pour promouvoir la diversité culturelle dans les catalogues des SMAD gagneraient à être mieux adaptés aux évolutions du marché.

2.2. Les pouvoirs publics peuvent encourager la circulation internationale des œuvres tout en veillant à favoriser le maintien sur le sol européen des droits de propriété intellectuelle.

- A. La réglementation française encourage efficacement la circulation des œuvres, sur différents canaux de diffusion et à l'international.
- B. La préoccupation croissante de « souveraineté culturelle » justifie qu'une attention soit portée au maintien en Europe de la détention des droits de propriété intellectuelle des œuvres audiovisuelles et cinématographiques.

Annexes

- Annexe 1 : lettre de mission
- Annexe 2 : liste des propositions
- Annexe 3 : liste des personnes auditionnées

« Nous vivons la plus grande révolution culturelle de l'Histoire, avec la distribution mondiale des œuvres. La civilisation des machines est aussi celle des machines à rêves. »

André Malraux, discours de Niamey, 17 mars 1969

Il y a maintenant dix ans, la diffusion des œuvres audiovisuelles et cinématographiques connaissait une véritable révolution, avec l'arrivée en Europe des plateformes américaines de vidéo à la demande. En 2014, Netflix, qui rassemblait déjà 50 millions d'abonnés, lançait en effet son service en France, bientôt suivi par Amazon Prime Video (2016), puis par Disney + (2020). Rencontrant un succès massif auprès du public européen, ces plateformes ont profondément bouleversé les pratiques culturelles, en particulier audiovisuelles, mettant à disposition de leurs abonnés un immense catalogue d'œuvres, disponibles à la demande et de manière illimitée, là où l'offre des diffuseurs historiques est contrainte par la grille de programmation, et accompagnée de publicité. Ces services de médias audiovisuels à la demande (SMAD), non seulement diffuseurs mais aussi acquéreurs et producteurs de contenus, ont généré des investissements massifs dans les industries créatrices des pays européens et bouleversé les équilibres économiques de ces secteurs.

Arrivés sur le marché européen avec des pratiques contractuelles issues du monde anglo-saxon, les SMAD ont directement menacé le modèle français de répartition de la valeur et de promotion de la diversité culturelle. Les plateformes de vidéo à la demande ont en effet privilégié, à leur arrivée en Europe, la propriété de l'intégralité des droits de propriété intellectuelle sur les œuvres, privant ainsi les producteurs européens de droits sur ces œuvres et l'ensemble de la chaîne des ayants droit de toute rémunération en fonction de leur exploitation future. L'incapacité des producteurs européens à retenir les droits de propriété intellectuelle sur les œuvres produites soulève de nombreuses difficultés, notamment celle de la fragilisation de leur capacité à investir, grâce aux revenus d'exploitation générés par les droits d'œuvres produites, dans la création d'œuvres nouvelles. L'offre massive d'œuvres américaines proposée par ces plateformes, dont le succès a souvent été porté par les séries américaines, a par ailleurs renouvelé l'enjeu de promotion des contenus culturels européens. Enfin, concurrençant directement les éditeurs de services télévisés, ces plateformes de vidéo à la demande extra-européennes ont percuté de plein fouet le modèle français de financement de la création audiovisuelle et cinématographique, mis en place dans les années 1980, au bénéfice notamment du secteur de la production indépendante.

Il faut toutefois relever la réactivité dont ont fait preuve les autorités françaises et européennes en adaptant rapidement le cadre juridique applicable aux services de média audiovisuels pour apporter une meilleure protection aux auteurs et producteurs face aux pratiques d'acquisition intégrale des droits de propriété intellectuelle et préserver la diversité culturelle. La directive européenne « Services de médias audiovisuels » (SMA) révisée a ainsi imposé aux plateformes de vidéo à la demande, jusqu'alors exemptes de toute obligation en la matière, la mise à disposition minimale de 30 % d'œuvres européennes dans leur catalogue. Les États membres se sont enfin vu reconnaître la possibilité d'imposer aux SMAD visant leur territoire des obligations d'investissement dans la production nationale. En France, la mise en place de ce dispositif s'est accompagnée de fortes garanties en faveur du secteur de la production indépendante, afin de soutenir le modèle de la production déléguée et favoriser le maintien sur le territoire européen des droits de propriété intellectuelle des œuvres produites : 20 à 25 % du chiffre d'affaires réalisé en France par les plateformes de vidéo à la demande est désormais réinvesti dans la production française, dont une part significative est consacrée à la production indépendante (trois quarts en cinéma, deux tiers en audiovisuel).

Pleinement intégrées au système français de financement de la création audiovisuelle et cinématographique, les grandes plateformes de vidéo à la demande étrangères bénéficient néanmoins encore de certaines asymétries normatives. D'une part, l'application de la règle du pays d'origine prime toujours pour apprécier le respect de la mise à disposition d'œuvres européennes dans les catalogues. En installant leur siège social dans des États membres dans lesquels ces obligations sont les plus faibles, les SMAD extra-européens peuvent ainsi proposer leurs services en France tout en échappant aux quotas plus contraignants imposés aux services qui y sont installés (60 % d'œuvres européennes dans les catalogues, et 40 % d'œuvres d'expression originale française). D'autre part, la définition extensive de l'œuvre européenne retenue par la directive SMA reste très contestée par les organisations représentatives des producteurs européens, dans la mesure où elle permet d'inclure des œuvres de commande des grands studios américains, pensées et dirigées depuis les États-Unis.

Le poids économique majeur de ces géants américains dans les industries créatives appelle par ailleurs à engager une réflexion au niveau européen sur l'enjeu de « souveraineté culturelle ». Les producteurs européens ne sauraient en effet être cantonnés à un rôle de simple prestataire de services des studios de production américains. Le risque d'acquisitions prédatrices de catalogues entiers d'œuvres par des acteurs extra-européens doit également être pris en compte.

Plus exigeant à de nombreux égards que les standards minima fixés au niveau européen, le modèle français a ainsi accompagné l'arrivée sur le marché des plateformes de vidéo à la demande, en permettant à l'industrie audiovisuelle et cinématographique française de saisir d'importantes opportunités commerciales, sans contraindre les auteurs et producteurs à renoncer à leurs droits de propriété intellectuelle sur les œuvres produites, ni entraver leur circulation internationale. Rapidement corrigé pour parer aux risques immédiats portés par l'arrivée des géants américains de la vidéo à la demande sur le sol européen, le cadre juridique relatif à l'encadrement des SMAD doit néanmoins poursuivre son adaptation aux nouveaux équilibres de l'industrie audiovisuelle et cinématographique.

I. La France a mis en place une régulation ambitieuse des plateformes de vidéo à la demande, visant à atténuer le choc de l'arrivée sur le marché audiovisuel de ces acteurs extra-européens.

1.1. Le modèle français de répartition de la valeur au sein de l'industrie audiovisuelle et cinématographique a été profondément bouleversé par l'arrivée des SMAD.

A. Afin de soutenir la diversité culturelle, le législateur français a précocement mis en place des mesures en faveur de la production indépendante, plus ambitieuses que les minima prévus par le droit européen.

Le modèle français, qui a pour fondation la protection du droit d'auteur, répond à une préoccupation ancienne d'encourager la production d'œuvres de l'esprit et de protéger le génie créatif.

Comme on le sait, c'est grâce à l'engagement de Beaumarchais en faveur des auteurs et de leurs droits, que l'Assemblée constituante posa, dès le 13 janvier 1791, les grands principes assurant la protection du droit d'auteur en France. Le rapport Le Chapelier en dessinait déjà les principales orientations : « *Quand un auteur a livré son ouvrage au public, quand cet ouvrage est dans les mains de tout le monde, que tous les hommes instruits le connaissent, qu'ils se sont emparés des beautés qu'il contient, qu'ils ont confié à leur mémoire les traits les plus heureux, il semble que dès ce moment, l'écrivain a associé le public à sa propriété, ou plutôt la lui a transmise toute entière ; cependant, comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelque fruit de leur travail, il faut que pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse, sans leur consentement, disposer du produit de leur génie. Mais aussi, après le délai fixé, la propriété du public commence et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain* »¹.

Aujourd'hui, l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle (ci-après CPI) reconnaît à l'auteur des droits à la fois moraux et patrimoniaux : « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial* ».

Les droits moraux, définis aux articles L. 121-1 à L. 121-5 CPI, sont incessibles et visent à protéger la paternité et l'intégrité de l'œuvre. En outre, l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre et détermine le procédé de divulgation (art. L. 121-1). Même une fois les droits d'exploitation cédés, l'auteur conserve un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire, sous réserve de l'indemniser en cas de préjudice (art. L. 121-4). S'agissant d'une œuvre audiovisuelle, le réalisateur ou, éventuellement les co-auteurs, valident la version définitive de l'œuvre (*final cut*), aucune modification ultérieure ne pouvant être apportée sans leur accord (art. L. 121-5).

Les droits patrimoniaux garantissent aux auteurs une rémunération pour chaque mode d'exploitation de leur œuvre. L'article L. 131-4 CPI prévoit ainsi que la cession par l'auteur des droits sur son œuvre, qu'elle soit totale ou partielle, doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. La

¹ Isaac Le Chapelier, 13 janvier 1791, rapport au nom du comité de constitution sur la pétition des auteurs dramatiques

rémunération est proportionnelle au prix payé par le public pour recevoir l'œuvre audiovisuelle et est versée aux auteurs par le producteur (art. L. 132-25). Le juge judiciaire, saisi d'un litige portant sur le caractère proportionnel de la rémunération, s'attache à vérifier que, conformément aux dispositions de l'article 1169 du code civil², la contrepartie financière fixée par le contrat n'est pas illusoire ni dérisoire.

S'agissant d'une œuvre audiovisuelle, définie par le code de la propriété intellectuelle comme une « œuvre cinématographique ou une autre œuvre consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non » (art. L. 112-2), plusieurs personnes sont susceptibles de recevoir la qualification d'auteur. L'article L. 113-7 CPI instaure un régime de présomption s'agissant de l'auteur du scénario, de l'auteur de l'adaptation, de l'auteur du texte parlé, de l'auteur des compositions musicales, et du réalisateur. Lorsque l'œuvre audiovisuelle est tirée d'une œuvre ou d'un scénario préexistants encore protégés, les auteurs de l'œuvre originale sont assimilés aux auteurs de l'œuvre nouvelle.

Le producteur de l'œuvre audiovisuelle et cinématographique se trouve dans une situation différente : cessionnaire des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre (art. L. 132-24 CPI), il ne relève pas du statut d'auteur. L'article L. 132-23 CPI définit le producteur audiovisuel comme « la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre ». Il en garantit la bonne fin. Lors d'une conférence de presse du 22 janvier 1985, le ministre de la culture d'alors, Jack Lang, définissait de manière plus imagée les producteurs comme des « artisans capables d'opérer la synthèse délicate entre les impératifs économiques et le tempérament des artistes, [...] des hommes orchestres qui détectent le sujet prometteur, collaborent au scénario, rassurent les banquiers, sécurisent les auteurs et le metteur en scène en se plaçant à leur écoute ».

Le lien entre auteurs et producteur se matérialise par un contrat de production audiovisuelle, qui organise la cession des droits d'exploitation de l'œuvre à travers un régime de présomption. Cette chaîne de droits est un patrimoine incorporel permettant au producteur, en aval, d'exploiter l'œuvre et de constituer un catalogue. **Le producteur est également titulaire d'un droit voisin et propriétaire du master, anciennement le négatif, de l'œuvre.**

Le contrat de production audiovisuelle est soumis au droit commun des contrats d'auteur défini aux articles L. 131-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle, qui prévoient notamment :

- l'interdiction de la cession globale des œuvres futures (art. L. 131-1) ;
- la délimitation de l'étendue de la cession (art. L. 131-3) : les droits cédés doivent faire l'objet d'une mention distincte et leur domaine d'exploitation doit être limité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ;
- la rémunération proportionnelle (art. L. 131-4), ces dispositions étant d'ordre public (art. L. 131-5-3) ;
- la révision des conditions de prix en cas de lésion, d'imprévision ou de rémunération exagérément faible (art. L. 131-5) : l'auteur a le droit à une rémunération supplémentaire lorsque la rémunération proportionnelle initialement prévue dans le contrat d'exploitation se révèle exagérément faible par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation par le cessionnaire ;

² « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

- la reddition de comptes (art. L. 131-5-1) du producteur à l'auteur, sous réserve de l'application du dispositif spécifique relatif à la transparence des comptes d'exploitation prévu par le code du cinéma et de l'image animée (articles L. 213-32 et L. 251-9) ;
- la cession du droit d'exploiter l'œuvre sous des formes non prévisibles ou prévues à la date du contrat est possible mais doit faire l'objet d'une clause expresse et stipuler une participation corrélative de l'auteur aux profits d'exploitation (art. L. 131-6).

Dans le but de soutenir la diversité culturelle, le législateur français a instauré de puissantes mesures en faveur de la production audiovisuelle et cinématographique indépendante.

La fin du monopole d'Etat sur la radiodiffusion télévisée, avec la naissance de Canal +, la privatisation de TF1, ainsi que l'arrivée d'une cinquième et d'une sixième chaînes, ont conduit les pouvoirs publics à progressivement mettre en place un régime juridique protégeant fortement la production indépendante, afin d'éviter une mainmise des diffuseurs sur le secteur de la production.

La création d'un tissu diversifié de sociétés est alors apparue indispensable pour répondre aux besoins de production nationale auxquels ni la jadis toute-puissante Société française de production (SFP) ni les chaînes de télévision elles-mêmes n'étaient alors en mesure de répondre. L'enjeu de souveraineté culturelle était d'ailleurs déjà identifié. Un rapport sénatorial de mars 1985³ relève ainsi que « *Les besoins des pays de la Communauté économique européenne s'élèveront dans les prochaines années à 500 000 heures de programmes par an dont 125 000 heures de fiction. Or, la France, tous supports confondus, n'en produit pas plus de 800 ! Si les producteurs européens ne sont pas en mesure de fournir ces programmes, l'invasion de l'Europe audiovisuelle par les productions américaines est inéluctable* ». La télévision française diffuse alors massivement des séries américaines telles que *Dallas*, *Texas* *foi ni loi*, ou encore *Starsky et Hutch*.

À travers le soutien à la production indépendante, le législateur a également cherché à garantir la créativité et la diversité de l'offre audiovisuelle, soupçonnée d'être moins qualitative lorsqu'elle résulte exclusivement de commandes des diffuseurs, préoccupés par les attentes immédiates de leur audience et averses à la prise de risque. La loi du 30 septembre 1986 soumet les éditeurs de services télévisés au respect d'une « *part maximale d'émissions produites par l'exploitant du service* » (art. 27 de la loi du 30 septembre 1986, dans sa version initiale). Cette obligation prend la forme d'un pourcentage du chiffre d'affaires de l'éditeur qui doit être consacré notamment à l'achat de droits de diffusion d'œuvres européennes ou d'expression originale française.

Des garanties minimales de protection de la production indépendante sont également adoptées au niveau européen dès 1989, par la directive Télévisions sans frontières. Les objectifs poursuivis sont les mêmes qu'au niveau national : un considérant de la directive prévoit ainsi que « *Le fait de s'engager à diffuser, dans la mesure du possible, une certaine proportion d'œuvres indépendantes réalisées par des producteurs indépendants des organismes de radiodiffusion télévisuelle encouragera l'apparition de nouvelles sources de production télévisuelle, notamment la création de petites et moyennes entreprises. Il en*

³ Mars 1985, rapport n° 212 du sénateur Charles Jolibois au nom de la commission spéciale du Sénat sur le projet de loi relatif aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

résultera de nouvelles possibilités et de nouveaux débouchés pour le génie créatif, pour les professions culturelles et pour les travailleurs du secteur de la culture ».

L'article 4.1 de la directive laissant aux Etats membres la possibilité d'adopter des mesures plus contraignantes⁴, la France a fait alors le double choix d'imposer des quotas de diffusion et d'investissement ambitieux aux services de radiodiffusion télévisée relevant de sa compétence et de retenir une définition exigeante de la production indépendante.

Le pouvoir réglementaire a imposé aux éditeurs de services de télévision des quotas de diffusion et d'investissement nettement plus ambitieux que les planchers fixés par la directive européenne.

Les éditeurs de services télévisés diffusant en France sont soumis au respect de plusieurs quotas et sous-quotas, répondant à autant d'objectifs de politique publique : la protection de la production indépendante, la défense de la langue française, la promotion des œuvres européennes, le développement de la production d'œuvres patrimoniales.

D'une part, **s'agissant de la diffusion d'œuvres européennes à l'antenne**, la directive sur les services de médias audiovisuels (ci-après SMA)⁵ prévoit que *« les Etats membres veillent chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés, à ce que les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent à des œuvres européennes une proportion majoritaire de leur temps de diffusion »*⁶ (art. 16). Ces services doivent par ailleurs réserver 10 % de leur temps d'antenne ou alternativement, au choix de l'Etat membre, 10 % au moins de leur budget de programmation à *« des œuvres européennes émanant de producteurs indépendants d'organismes de radiodiffusion télévisuelle »* (art. 17).

En France, le décret n° 90-66 du 17 janvier 1990 soumet les éditeurs de services télévisés au respect d'un double quota de diffusion, y compris aux heures de grande écoute. Pour chacun de leurs programmes, ces éditeurs sont tenus de réserver, dans le nombre annuel de diffusions et de rediffusions d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques de longue durée **au moins 60 % à la diffusion d'œuvres européennes et 40 % d'œuvres d'expression originale française**⁷. Ces dernières correspondent aux œuvres réalisées intégralement ou principalement en version originale en langue française ou dans une langue régionale en usage en France⁸. Les services nationaux du groupe France Télévisions sont soumis à des quotas de diffusion plus exigeants : 70 % des œuvres audiovisuelles diffusées doivent être européennes, dont 50 % d'œuvres audiovisuelles d'expression originale française⁹.

D'autre part, **s'agissant de la contribution financière des fournisseurs de services de médias à la production d'œuvres européennes**, la directive SMA n'impose aucune obligation¹⁰. En France, toutefois, **les décrets n° 2021-1926 du 30 décembre 2021 et 2021-1924 du 30 décembre 2021** imposent, respectivement aux services de télévision diffusés par voie

⁴ *« Les États membres ont la faculté, en ce qui concerne les fournisseurs de services de médias qui relèvent de leur compétence, de prévoir des règles plus détaillées ou plus strictes dans les domaines coordonnés par la présente directive, sous réserve que ces règles soient conformes au droit de l'Union »*

⁵ Directive (UE) 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010, révisée par la directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018

⁶ À l'exclusion du temps consacré aux informations, à des manifestations sportives, à des jeux, à la publicité, aux services de télétexte et au téléachat.

⁷ Articles 7 et 13 du décret n° 90-66 du 17 janvier 1990

⁸ Article 5 du décret n° 90-66 du 17 janvier 1990

⁹ Décret n° 2009-796 du 23 juin 2009 fixant le cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions

¹⁰ L'article 17 prévoit que les éditeurs de service consacrent 10% de leur budget de programmation à des œuvres émanant de producteurs indépendants sauf si 10% du temps d'antenne est réservé à ces mêmes œuvres

hertzienne terrestre en France et aux services de télévision distribués par les réseaux n'utilisant pas les fréquences assignées par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) établis en France, relevant de la France ou visant le territoire français, le respect d'un double quota, d'œuvres européennes et d'expression originale française, différent en cinéma et en audiovisuel.

À titre illustratif, **les services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre en France** sont soumis aux obligations d'investissement suivantes :

- en ce qui concerne le cinéma : 3,2 % du chiffre d'affaires annuel net de l'exercice précédent doit être consacré à des dépenses contribuant au développement de la production d'œuvres cinématographiques européennes, et 2,5 % à la production d'œuvres d'expression originale française¹¹ ; parmi ces dépenses, les trois quarts doivent être consacrées au développement de la production indépendante¹² ;
- en ce qui concerne l'audiovisuel : 15 % du chiffre d'affaires annuel net de l'exercice précédent doit être consacré à des dépenses contribuant au développement de la production d'œuvres européennes ou d'expressions originales françaises¹³, 10,5 % de ce chiffre d'affaires doit être consacré au développement de la production d'œuvres patrimoniales¹⁴. Parmi ces dépenses, 85 % sont consacrées à des œuvres d'expression originale française¹⁵ et les deux tiers sont consacrées au développement de la production indépendante¹⁶.

Le respect de ces quotas a d'autant plus de portée que la France s'est dotée d'une définition exigeante de la production indépendante, visant à encadrer la détention par le diffuseur des droits sur l'exploitation future de l'œuvre.

Afin de tenir compte de la multiplicité des systèmes nationaux, **la directive SMA laisse aux États membres le soin de définir la notion de producteur indépendant**, fixant seulement quelques orientations générales : « *les États membres, lorsqu'ils définissent la notion de 'producteur indépendant', devraient prendre dûment en considération des critères tels que la propriété de la société de production, la quantité de programmes fournis au même organisme de radiodiffusion télévisuelle et la détention de droits secondaires* » (considérant 49).

Cette souplesse a généré une appréciation hétérogène de la notion d'œuvre indépendante à travers l'Europe : si l'Allemagne, l'Autriche, Chypre, le Danemark, la Grèce, la Pologne et la Suède n'ont pas de définition précise de la production indépendante, les autres États membres ont mis en place dans leur droit national différents critères de définition.

Dans l'objectif de favoriser le développement d'un tissu industriel de production et la diversité de création, **la France a retenu l'une des définitions les plus ambitieuses de la production indépendante**, reposant sur deux grands critères¹⁷, dont les modalités de prise en compte varient selon la nature de l'œuvre (audiovisuelle ou cinématographique), l'éditeur de service concerné (chaîne hertzienne ou non, payante ou gratuite, service linéaire ou à la demande) et le type d'obligation considéré (obligation de diffusion ou d'investissement) :

- **un premier critère porte sur l'entreprise de production**, plutôt souple :

¹¹ Décret n° 2021-1926 du 30 décembre 2021, article 10

¹² *Ibid*, article 13

¹³ *Ibid*, article 16

¹⁴ *Ibid*, article 17

¹⁵ *Ibid*, article 19

¹⁶ *Ibid*, article 21

¹⁷ L'article 71-1 de la loi du 30 septembre 1986 pose plusieurs critères et renvoie au pouvoir réglementaire le soin d'en préciser la portée.

Est réputée indépendante d'un éditeur de services l'entreprise de production dans laquelle l'éditeur de services ou les personnes le contrôlant ne détiennent pas, directement ou indirectement, de part du capital social ou des droits de vote. Ce critère permet une approche relative de la notion d'indépendance, la qualité de producteur indépendant étant susceptible de varier selon le financeur de l'œuvre : une société de production filiale d'une chaîne de télévision peut ainsi être regardée comme indépendante lorsqu'elle produit une œuvre pour un diffuseur tiers. La société Newen, contrôlée par TF1, répond par exemple à la qualification de société de production indépendante lorsqu'elle produit pour France Télévisions (et le Conseil d'Etat a jugé que la prise en compte des liens capitalistiques et commerciaux entre le producteur de l'œuvre et le seul éditeur de services intéressé n'est pas incompatible avec l'objectif défini par la directive SMA de soutien à la production d'œuvres européennes émanant de « *producteurs indépendants d'organismes de radiodiffusion télévisuelle* »¹⁸).

A l'inverse, le programme de la Commission européenne de soutien à la création audiovisuelle, MEDIA, adopte une approche absolue de l'indépendance du producteur, les seules œuvres émanant de producteurs indépendants de tout diffuseur étant éligibles.

- **Un second critère tient à l'œuvre elle-même**, nettement plus restrictif :

Les conditions requises à ce titre, qui varient selon les textes applicables, tiennent essentiellement à la durée de détention des droits par l'éditeur de services, la détention des mandats de commercialisation de l'œuvre, l'impossibilité pour le diffuseur de détenir, directement ou indirectement de parts producteur, sauf à certains niveaux de financement. L'éditeur de services ne peut prendre personnellement ni partager l'initiative et la responsabilité financière, technique et artistique de l'œuvre et n'en garantit pas la bonne fin.

Ce second critère lié à l'œuvre conduit l'éditeur de services télévisés à ne pouvoir prétendre qu'à un droit de diffusion exclusif sur une durée limitée, quand bien même il serait le financeur principal du projet. L'objectif est d'entraver les stratégies d'accaparement des catalogues par les diffuseurs, visant à empêcher la diffusion des œuvres sur un canal concurrent. Les producteurs sont à l'inverse incités à rechercher d'autres fenêtres de diffusion pour valoriser leur catalogue, favorisant la circulation des œuvres.

Ce second critère a des effets très contraignants pour les chaînes de télévision, conduites à devoir racheter à intervalles réguliers aux producteurs indépendants les droits de diffusion sur des œuvres dont elles sont pourtant le principal financeur¹⁹. Le producteur peut librement revendre les droits de propriété intellectuelle à un diffuseur historique concurrent, une plateforme de vidéo à la demande, ou sur le marché international, sans que le financeur initial du projet ne puisse s'y opposer ni même réclamer une compensation monétaire. Lorsque l'œuvre est fortement associée à l'image du diffuseur initial, qui sera réticent à s'en séparer, le producteur dispose ainsi d'un fort pouvoir de négociation sur le montant des droits de diffusion. Des reventes de droits de ce type interviennent ainsi périodiquement : les droits de la célèbre série marseillaise *Plus belle la vie*, emblématique de France 3, ont récemment été rachetés par sa concurrente TF1 qui en a repris le concept et en produit et diffuse désormais quotidiennement la suite, sous le titre *Plus belle la vie, encore plus belle*. De même, en cinéma, Netflix a racheté les droits de la comédie policière *De l'autre côté du périph*, financée majoritairement par M6, qui avait généré plus de deux millions d'entrées en 2012. Netflix a ainsi pu produire et diffuser

¹⁸ Conseil d'Etat, Section, 1^{er} février 2006, *Fédération européenne des réalisateurs de l'audiovisuel*, n° 239962, au Recueil.

¹⁹ L'acquisition de parts producteurs est possible sur une œuvre audiovisuelle, lorsque l'éditeur a financé au moins 70 % de l'œuvre.

sur sa plateforme un deuxième volet de l'œuvre. De tels mouvements sont néanmoins tempérés par la circonstance que les chaînes bénéficient souvent d'une priorité (clause de préférence, de premier et dernier refus, etc.) pour prolonger la durée des droits des œuvres qu'elles ont financées, ce qui limite la capacité du producteur de revendre les droits de propriété intellectuelle à un diffuseur concurrent.

Les autres Etats membres de l'Union européenne définissent la qualité de producteur indépendant uniquement au regard de leur indépendance capitalistique à l'égard du diffuseur²⁰. L'Italie y ajoute un critère lié à la détention de droits secondaires, auquel il est toutefois possible d'échapper, dès lors que le producteur réserve moins de 90 % de sa production audiovisuelle à un même diffuseur²¹.

B. L'arrivée des SMAD sur le marché européen a bouleversé les équilibres du marché audiovisuel et cinématographique et fragilisé le système de financement de la création.

Les services de médias audiovisuels à la demande (SMAD) sont définis à l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986 comme « *tout service de communication au public par voie électronique 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* ». Les services de partage de vidéos, sur lesquels le service n'a pas de responsabilité éditoriale sur le contenu, comme Youtube, Dailymotion, Facebook ou TikTok ne sont pas considérés comme des SMAD.

Les SMAD regroupent des modèles répondant à des logiques économiques différentes :

- les services de vidéo à la demande par abonnement, qui donnent accès en illimité à leurs abonnés à un catalogue d'œuvres, tels que Netflix ou Disney +... ;
- les services de vidéo à la demande financés par la publicité, ou *advertising video on demand* (AVOD) qui permettent au spectateur d'accéder au contenu gratuitement après avoir visionné de la publicité. Cette catégorie regroupe des acteurs du numérique, comme Rakuten et Pluto TV, mais aussi les plateformes des chaînes linéaires, tels que TF1+, France.TV et M6 qui diffusent des contenus exclusifs ainsi que les programmes diffusés en linéaire pendant une durée limitée après leur diffusion télévisée. Des modèles hybrides, de SMAD à prix d'abonnement réduit, financé pour moitié par la publicité, existent également ;
- les services de vidéo à la demande à l'acte, qui proposent à l'utilisateur l'accès à un contenu payant à l'unité, tels que Canal VOD ou Orange VOD.

La société Amazon a quant à elle développé une offre couplée : la souscription d'un abonnement à l'offre de livraison rapide et illimitée pour les produits vendus sur sa plateforme de vente en ligne donne accès à un catalogue de films et de séries²².

L'étude conduite par le ministère de la culture sur les pratiques culturelles des Français, publiée en juillet 2020²³, souligne que l'essor des pratiques numériques répond à une tendance de fond,

²⁰ Observatoire européen de l'audiovisuel, 2019, « Mapping of national rules for the promotion of European works in Europe ».

²¹ Aux termes du t) de l'article 3 du *Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, sont qualifiées d'indépendantes les sociétés de production qui ne sont ni des filiales ni liées à un service de média audiovisuel italien et qui, (1) soit ne réservent pas, sur une période de trois ans, plus de 90 % de leur production à un même éditeur de services (2) soit détiennent des droits secondaires sur l'œuvre.

²² Lors d'une conférence de presse en juin 2016, Jeff Bezos, président directeur général d'Amazon, décrivait ce modèle commercial dans les termes suivants : « *Nous parvenons à monétiser [Prime Video] d'une manière très inhabituelle. Quand nous remportons un Golden Globes, cela nous aide à vendre plus de chaussures !* ».

²³ Ministère de la culture, 2020, *Cinquante ans de pratiques culturelles en France*

s'agissant tant de la consommation de musique ou de vidéo en ligne que du recours aux plateformes de vidéo à la demande. Dès 2017, 65 services de vidéo à la demande proposaient leurs services en France, soit trois fois plus qu'en 2010²⁴. La crise sanitaire de 2020 et les confinements successifs ont fortement accéléré la tendance : au printemps 2020, 46 % des internautes français avaient accès à un service de vidéo à la demande au sein de leur foyer, et un peu moins d'un quart (21 %) à une offre de télévision payante²⁵. En septembre 2022, 53,2% des Français ont utilisé au moins une plateforme de vidéo à la demande par abonnement, en hausse de 3,4 points en deux ans. 47,3 % sont personnellement abonnés à au moins une plateforme²⁶.

Cette évolution des usages a principalement bénéficié aux grandes plateformes américaines, premières à développer un service de vidéo à la demande aussi perfectionné et disposant d'un catalogue aussi fourni d'œuvres exclusives. Leur position sur le marché français demeure à ce jour largement majoritaire. En effet, sur la période de janvier à septembre 2022, 65,7 % des internautes qui ont utilisé une plateforme de vidéo à la demande au cours des 30 derniers jours ont utilisé Netflix, 47,5 % ont utilisé Amazon Prime Video, 34,6 % ont utilisé Disney + et 9,5 % ont utilisé Apple TV. Les plateformes de vidéo à la demande développées par des diffuseurs français rassemblaient dans le même temps seulement 16,8 % des utilisateurs pour Canal+ Séries et 9,5 % pour Tfou Max (offre jeunesse payante du groupe TF1)²⁷.

Les géants américains de la vidéo à la demande sont arrivés sur le marché européen avec une conception très différente des équilibres de l'industrie audiovisuelle. Dans le système du *copyright*, le producteur audiovisuel ou cinématographique est en effet considéré comme l'auteur de l'œuvre. L'ensemble des autres contributeurs, rémunérés sur une base forfaitaire et ne disposant d'aucun droit sur l'œuvre, sont des prestataires rémunérés au forfait ou des salariés de la société de production, ne disposant d'aucun droit sur l'œuvre ni d'intéressement à son succès. C'est notamment le cas des producteurs exécutifs²⁸. Les droits d'exploitation de l'œuvre sont conservés par le producteur, qui en dispose librement.

Très favorable aux studios de production et incitant à l'intégration verticale, ce modèle de répartition de la valeur suscite aux Etats-Unis des tensions récurrentes avec les organisations professionnelles représentant les auteurs. Après un premier épisode de 100 jours de conflit social en 2007-2008, la grève conduite par le syndicat des scénaristes, la *Writers Guild of America*, a de nouveau mis à l'arrêt les studios de production américains à l'automne 2023, pendant près de cinq mois. Dans un contexte inflationniste, les scénaristes réclamaient une revalorisation salariale, une rémunération complémentaire en cas de succès de l'œuvre sur les plateformes de vidéo à la demande et des garanties face à la menace de remplacement de leur métier par l'intelligence artificielle. Les studios de production ont finalement accepté de renégocier la convention collective, accordant aux scénaristes une hausse de leur rémunération hebdomadaire, une transparence sur les données de visionnage au niveau national et mondial, et un meilleur partage des revenus liés à l'exploitation de l'œuvre (un bonus de 50 % de la rémunération initiale est notamment prévu lorsque le contenu est visionné par au moins 20 % des abonnés d'une plateforme dans les 90 jours après sa diffusion²⁹).

²⁴ CNC et CSA, 2018, *La vidéo à la demande par abonnement en France : marché et stratégies des acteurs*

²⁵ Étude Hadopi - CSA, mars 2021, *La multiplication des services de vidéo à la demande par abonnement*

²⁶ CNC, 27 janvier 2023, *Observatoire de la vidéo à la demande*

²⁷ CNC, 27 janvier 2023, *Observatoire de la vidéo à la demande*

²⁸ United States Code, title 17, ch. 2, paragraph 201 « *In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written agreement signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright* »

²⁹ Source : WGA contract 2023, « What we won »

L'arrivée des SMAD américains sur le marché européen, avec les pratiques contractuelles et modes de pensée issus du système du *copyright*, a affecté l'ensemble de la chaîne de valeur de l'industrie audiovisuelle et cinématographique.

Les auteurs et les producteurs ont été confrontés à l'importation de pratiques contractuelles issues du système du *copyright* (clauses dites de *buy out*), fragilisant leurs droits moraux et patrimoniaux.

Dans une optique de sécurisation de leur approvisionnement, d'internalisation des coûts et de différenciation dans un marché de plus en plus concurrentiel, les plateformes de vidéo à la demande ont rapidement fait le choix de produire leurs propres séries, dont la diffusion exclusive sur leur service attire et retient les spectateurs. L'exploitation des données de visionnage leur donne en effet un avantage précieux pour proposer à leurs abonnés des œuvres répondant de manière aussi précise que possible à leurs goûts. Dès 2013, Netflix commence à produire ses propres séries (comme *House of Cards* et *Orange is the new black*), qui rencontreront un vif succès. Cette stratégie d'intégration verticale s'est traduite par l'acquisition de sociétés de production, comme le rachat des studios MGM par Amazon en mars 2022, et la signature de nombreux contrats d'exclusivité avec les talents du secteur. Netflix dispose par exemple de tels contrats avec le romancier Harlan Coben pour l'adaptation à l'écran de plusieurs de ses œuvres, avec Bill Prady, co-producteur pour la chaîne américaine CBS de la série *The Big bang theory* ou encore David Fincher, à l'origine de la série *House of Cards*.

Les plateformes de vidéo à la demande ont alors rapidement décidé de délocaliser en Europe certaines de leurs productions. Outre l'attrait de coûts plus modérés, grâce notamment aux nombreux dispositifs publics d'aide à la production, la production d'œuvres dites « originales » sur le territoire européen permet de répondre aux goûts d'une clientèle locale de plus en plus nombreuse. En 2019, soit avant toute obligation réglementaire en ce sens, Netflix annonçait le lancement de pas moins de 221 productions en Europe, représentant un investissement d'un milliard de dollars. Erik Barmack, responsable des contenus originaux de Netflix, annonçait alors l'accélération des productions européennes : « *Il y a un an, nous avions un ou deux programmes audiovisuels en Espagne, l'an prochain nous en aurons six ou sept. Nous sommes en train de nous mettre en position de faire dix à douze programmes par an dans chaque pays [européen] et cela pourrait être plus pour certains marchés* »³⁰. Entre septembre 2018 et septembre 2022, le nombre de productions « originales » proposées est ainsi passé de 220 à 848 sur Netflix, et de 47 à 141 sur Amazon Prime³¹.

À leur arrivée sur le marché européen, **les grandes plateformes de vidéo à la demande ont imposé à leurs cocontractants des clauses, dites de *buy out*, consistant au rachat de l'intégralité des droits sur l'œuvre produite**, contre l'octroi d'une rémunération forfaitaire à tous les acteurs de la chaîne de valeur. Les contrats sont alors placés sous la compétence du droit américain et comportent des clauses attributives en faveur des juridictions américaines.

Dès 2021, dans une résolution sur la situation des artistes et la reprise culturelle dans l'Union³², le Parlement européen exprimait de vives préoccupations concernant cette pratique, tout en relevant que les clauses de confidentialité très strictes entourant ces contrats limitent la connaissance du phénomène par les pouvoirs publics. Il réitérait ces inquiétudes en novembre

³⁰ Matthew Garrahan, 28 novembre 2018, in *Financial Times*, « Netflix to ramp up productions in Europe in 2019 ».

³¹ CNC, 27 janvier 2023, *Observatoire de la vidéo à la demande*

³² Résolution du 20 octobre 2021 sur la situation des artistes et la reprise culturelle dans l'UE, §22

2023³³. Les travaux conduits par la France sur l'« effectivité du cadre européen du droit d'auteur »³⁴ dans le cadre de sa présidence de l'Union européenne ont permis d'objectiver la pratique. L'étude conclut que les plateformes de vidéo à la demande établies en dehors de l'Union européenne tentent « systématiquement » de contourner la directive droit d'auteur et dénonce des « tentatives d'imposer un nouveau modèle ».

Les auteurs, quant à eux, se sont ainsi trouvés privés de leur droit à rémunération proportionnelle, acquis en France depuis la Révolution française et garanti par le code de la propriété intellectuelle et la directive droit d'auteur.

La négation du droit moral des auteurs s'est traduite, notamment en ce qui concerne les réalisateurs, par la **privation de leur accord sur le montage final** (*final cut*), certaines plateformes de vidéo à la demande allant jusqu'à se présenter comme seule auteur au générique d'œuvres de production locale (dites « *originals* »). En France, les droits moraux de l'auteur ne peuvent pourtant être écartés par voie contractuelle. Dans un arrêt du 28 mai 1991³⁵, la Cour de cassation avait ainsi cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris déboutant les héritiers du coréalisateur du film *Asphat Jungle (Quand la ville dort)* qui s'opposaient à la diffusion à la télévision française d'une version colorisée de cette œuvre. Alors que la cour d'appel s'était fondée sur la circonstance que le contrat signé entre le producteur et les réalisateurs, de droit américain, déniait à ces derniers la qualité d'auteurs, la Cour de cassation a estimé que le droit moral de l'auteur, qui comprend le droit à faire respecter l'intégrité de son œuvre, est insusceptible d'être écarté par contrat, fût-il de droit étranger³⁶.

Les auteurs français n'ont toutefois pas été pleinement protégés des pratiques de rachat total de leurs droits par les plateformes, compte tenu du **déséquilibre majeur du rapport de force** entre les parties. Dans un premier temps, l'imposition systématique du droit américain dans les contrats signés avec les auteurs européens constituait à l'évidence une facilité pour les plateformes américaines, initialement peu acculturées aux spécificités du système juridique français. Il reste que les pratiques de *buy out*, très dénoncées par les représentants des auteurs comme des producteurs, n'ont pourtant quasiment pas généré de contentieux. Dans un marché où le nombre des diffuseurs demeure restreint, l'engagement dans un long processus judiciaire constitue sans doute un pari trop aventureux pour risquer une mise à l'écart définitive de tout projet ultérieur avec les plateformes.

Les SMAD se sont toutefois progressivement acculturés au système juridique français et européen et ont, semble-t-il, progressivement renoncé à leurs pratiques contractuelles les plus contestables des débuts, tout du moins s'agissant de la question de la rémunération des auteurs. La mobilisation au long cours d'unions d'auteurs a en effet porté ses fruits, dans plusieurs pays européens, où Netflix a pris des engagements par voie contractuelle³⁷ :

³³ Rapport du 21 novembre 2023 contenant des recommandations à la Commission sur un cadre de l'Union pour la situation sociale et professionnelle des artistes et des travailleurs des secteurs de la culture et de la création, §26

³⁴ Rapport final de la Présidence « Effectivité du cadre européen du droit d'auteur » du 30 juin 2022, ST-10629/22. Le rapport du Parlement européen sur les pratiques de *buyout* (nov. 2023) dressait le même constat.

³⁵ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 28 mai 1991, n° 89-19.522 89-19.725, publié au bulletin.

³⁶ S'agissant des auteurs de composition musicale, l'article L. 132-24 du code de la propriété intellectuelle proscribit la privation de l'auteur de ses droits moraux et patrimoniaux, la compétence des juridictions françaises pour trancher tout litige relatif à ces questions étant d'ordre public : « *Le contrat par lequel l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles d'une œuvre audiovisuelle transmet tout ou partie de ses droits d'exploitation au producteur de cette dernière ne peut avoir pour effet, nonobstant la loi choisie par les parties, de priver l'auteur, pour l'exploitation de son œuvre sur le territoire français, des dispositions protectrices prévues aux articles L. 131-4, L. 131-5 et L. 132-28 du présent code. / L'auteur peut saisir les tribunaux français de tout litige relatif à l'application de l'alinéa précédent, quel que soit le lieu où son cessionnaire ou lui-même sont établis et nonobstant toute clause attributive de juridiction contraire.* »

³⁷ Voir A. Lacourt, J. Radel-Cormann, S. Valais, décembre 2023, Observatoire européen de l'audiovisuel, « *Fair remuneration for audiovisual authors and performers in licensing agreements* ».

- en Allemagne, un accord a été signé en mars 2020 avec la *Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (VerDi)*, principale union professionnelle du pays, aux termes duquel la plateforme s'engage à reverser aux auteurs et interprètes 15 % de la rémunération touchée en cas d'exploitation secondaire de l'œuvre (linéaire, DVD, etc.) et garantit une rémunération complémentaire en cas de succès (plusieurs paliers de visionnage sont définis à ce titre, une évaluation étant faite tous les cinq ans) ;
- en Suède et au Danemark, deux accords, dont les détails sont restés confidentiels, ont également été signés, prévoyant ces mêmes modalités de rémunération ;
- en Pologne, alors que la transposition de la directive droit d'auteur n'était pas achevée, Netflix s'est engagé dès novembre 2022 auprès de l'Union des auteurs et producteurs audiovisuels (ZAPA) à accorder aux intéressés une rémunération complémentaire, dont les montants restent à définir contractuellement, lorsque l'œuvre atteint un certain seuil de visionnage sur sa plateforme ; l'association des réalisateurs polonais (SFP) a toutefois vivement critiqué l'accord, en ce qu'il désavantagerait les petites productions et réduirait les obligations faites à Netflix de partager ses informations sur le nombre de visionnage des œuvres.

En France, quelques mois seulement après le lancement de sa plateforme, **Netflix a signé en septembre 2014 un accord avec la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)**, qui a utilement protégé les auteurs français des pratiques dites de *buy out*. En application de cet accord, la plateforme communique annuellement à l'organisme de gestion collective le nombre de vues pour chaque œuvre visionnée en France, au Luxembourg et en Belgique, et lui verse les droits d'auteur correspondants. Le barème prévu inclut une majoration pour les œuvres inédites, séries ou téléfilms, dont Netflix assure la première exploitation. Le reversement aux auteurs français des droits sur l'exploitation des œuvres sur la plateforme dans d'autres territoires, non prévu par l'accord, reste toutefois dépendant des systèmes juridiques locaux ; si un droit à rémunération proportionnelle de l'auteur est garanti, les sociétés d'auteurs locales reversent à la SACD le montant dû aux auteurs.

Les sociétés Amazon Prime Video et Disney + ont signé avec la SACD des accords semblables en 2021. La première s'est engagée à verser rétroactivement à la SACD les rémunérations dues aux auteurs pour les œuvres visionnées sur la plateforme depuis son lancement en France, en 2016. Les auteurs français ont donc effectivement perçu les droits qui leur revenaient sur l'exploitation par les plateformes de leurs œuvres.

Les producteurs français se sont quant à eux trouvés, au moins dans un premier temps, confrontés au recours généralisé des grandes plateformes américaines au mécanisme de la production exécutive.

L'arrivée en France des services américains de vidéo à la demande, aux immenses capacités financières, a créé une forte demande de contenus de qualité, générant un effet inflationniste sur toute la chaîne de valeur. Dans un marché éclaté, comptant plus de 5 500 sociétés de production audiovisuelle en 2021³⁸, l'émergence de ces nouveaux acheteurs a offert de précieuses opportunités commerciales aux producteurs français, jusqu'alors contraints par le nombre restreint de services linéaires. **Le recours généralisé à la production exécutive pour ces œuvres locales a néanmoins permis à ces géants américains de capter toute la valeur générée par les industries créatrices européennes**, suscitant de nombreuses critiques.

³⁸ Arcom, avril 2023, étude sur le tissu économique du secteur de la production audiovisuelle, 7^{ème} édition

La production exécutive consiste à confier à un tiers la production de tout ou partie d'une œuvre audiovisuelle ou cinématographique, contre un paiement forfaitaire. Par opposition au producteur délégué, le producteur exécutif intervient comme un simple prestataire de services : il ne supporte pas de risque financier, ne dispose pas du contrôle artistique ni ne détient de droit d'exploitation sur l'œuvre. La production exécutive ne permet donc pas de se constituer un actif et n'ouvre aucune possibilité de revenus futurs en fonction de l'exploitation de l'œuvre ni en cas de cession des droits. La pratique de la production exécutive, si elle est courante et ancienne, était jusqu'alors circonscrite, par exemple au cas où une production étrangère souhaitait tourner quelques scènes seulement en France, ou à celui où une société de production souhaitait faire confiance à un producteur prometteur mais peu expérimenté. Le recours à la production exécutive permet à la société de production, d'une part, de limiter le risque en conservant la maîtrise du budget et en exerçant un contrôle étroit du projet à chaque étape de son développement et, d'autre part, de s'assurer la pleine propriété de l'œuvre ainsi produite.

Le recours au mécanisme de la production exécutive par les grandes plateformes a toutefois été beaucoup plus large que les cas habituels d'usage de ce dispositif. En effet, la production exécutive leur permet de sous-traiter l'ensemble de la réalisation d'une œuvre à un producteur européen tout en s'assurant la maîtrise des droits et donc l'exclusivité sur les œuvres ainsi produites, empêchant leur circulation sur les réseaux de diffusion concurrents : les plateformes acquièrent les « droits monde », voire des « droits univers » sur ces œuvres, ainsi que le stipulent souvent les contrats de droit américain, sans limitation de durée (« pour l'éternité »). En septembre 2022, 82,7 % des films diffusés par une plateforme de vidéo à la demande n'étaient ainsi disponibles que sur une seule plateforme³⁹. Cette stratégie d'exclusivité singularise l'industrie audiovisuelle, les plateformes de musique en ligne proposant à l'inverse toutes, peu ou prou, les mêmes œuvres musicales.

De nombreux producteurs ont, au moins dans un premier temps, trouvé leur intérêt à la conclusion de contrats de production exécutive avec les services de media à la demande.

En premier lieu, **les rémunérations forfaitaires proposées sont significativement plus élevées que les standards habituels** du secteur. Les capacités financières très importantes de ces plateformes américaines leur permettent en effet d'apporter la totalité des besoins de financement d'une œuvre, jusqu'à 130 % du budget d'une série audiovisuelle⁴⁰. Le budget des productions Netflix atteint des niveaux jamais connus à la télévision française : chaque épisode des séries *Marseille* et *Lupin* représenterait respectivement un coût de 1,3 et 2 millions d'euros, tandis que la série britannique *The Crown* a atteint les 8 millions de dollars de budget par épisode⁴¹. La rémunération proposée au producteur exécutif, souvent calculée en pourcentage du budget de production, s'élèverait entre 5 et 15 %, la pratique semblant être autour de 10 % du budget en audiovisuel.

La **visibilité mondiale des œuvres** produites pour les plateformes a par ailleurs constitué une vitrine très attractive pour les producteurs français. Tandis que le marché des services linéaires demeure pour l'essentiel national, les plateformes américaines ont offert à des œuvres françaises la promesse de voyager dans le monde entier, conférant à leurs producteurs une notoriété internationale et l'espérance d'un pouvoir de négociation renforcé pour de futures collaborations. Les dépenses importantes des plateformes en campagnes de *marketing* et les goûts variés des différents publics nationaux ont permis à certaines œuvres ayant reçu un accueil

³⁹ CNC, 27 janvier 2023, *Observatoire de la vidéo à la demande*

⁴⁰ Déclaration du président de Netflix, cité par l'avis n° 19-A-04 du 21 février 2019 de l'Autorité de la concurrence, à la commission des affaires culturelles et de l'éducation de l'Assemblée nationale.

⁴¹ Nicolas Madelaine, 17 octobre 2017, in *Les Echos*, « Netflix devient le studio de films le plus prolifique au monde »

mitigé dans leur pays de production de connaître un véritable succès à l'étranger : la série *Marseille* de Netflix, peu regardée en France, a par exemple réalisé de très bonnes audiences en Amérique latine, et la série *Casa del Papel*, échec notoire en Espagne avant son rachat par Netflix, est devenue la série non-anglophone la plus regardée sur cette plateforme.

Il est vrai que, en tout état de cause, **le déséquilibre du rapport de force contractuel** n'offre pas de réelle marge de négociation aux producteurs audiovisuels sur le choix du recours à la production exécutive : les contrats proposés par les géants américains de la vidéo à la demande sont pour l'essentiel « à prendre ou à laisser »... D'après un sondage conduit par la Commission européenne auprès des producteurs⁴², 55 % d'entre eux estiment difficile de trouver un financeur qui n'exige pas de renoncer à tous les droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre.

Le recours généralisé à la production exécutive entrave la capacité des producteurs européens à se constituer un catalogue, paramètre essentiel de leur équilibre économique et de leur indépendance financière.

La production audiovisuelle est une industrie de prototype, supposant de financer sur le temps long le développement de nombreux projets pour réaliser quelques rares « pépites » et connaître des succès rares. D'importants frais de recherche de talents, d'acquisition de droits d'exploitation et de scénarisation doivent être engagés avant d'envisager une mise en production. Les besoins de trésorerie des entreprises de production sont dès lors structurellement importants.

Une fois le premier cycle d'exploitation de l'œuvre achevé, **le catalogue assure à son détenteur des revenus futurs sur une durée longue**, bien au-delà de l'amortissement des investissements initiaux. Les perspectives de valorisation du catalogue dans la durée varient selon le genre de l'œuvre : une œuvre d'animation dispose ainsi d'une durée d'exploitation plus étalée que la fiction, rapidement « essorée » pour l'essentiel, tandis que les programmes dits « de flux », tels que les magazines, émissions et jeux télévisés, très en prise avec l'actualité, peuvent plus difficilement faire l'objet d'une valorisation ultérieure. Pour valoriser son catalogue, le détenteur doit rechercher de nouvelles fenêtres d'exploitation, sur des chaînes de télévision, des services de vidéo à la demande et bien sûr, le marché international. Les sociétés de production privilégient à cette fin à des cessions de droits segmentées par pays.

Outre les droits de diffusion, le catalogue peut générer d'importants revenus par la vente de divers droits d'une œuvre à succès, communément désignés sous le terme englobant d'« IP », pour *intellectual property* :

- Les droits d'exploitation peuvent tout d'abord être cédés pour produire des histoires subsidiaires (*spin-off, prequel, sequel*). Le rachat en 2012 de LucasFilm a par exemple permis à la société Disney d'en exploiter de manière prolifique les droits, à travers la production d'une nouvelle trilogie de la saga *Star Wars*, de trois films dérivés et de diverses séries télévisées (*The Mandalorian, Obi-Wan Kenobi, Ahsoka, Andor*) diffusées sur la plateforme Disney +. De la même manière, Mike Hopkins, vice-président senior de Prime Video et d'Amazon Studios soulignait lors du rachat par Amazon en mars 2022 des studios MGM, pour un montant de près de 8,5 milliards de dollars : « *La véritable valeur financière de cet accord est le trésor de la propriété intellectuelle du catalogue complet, que nous prévoyons de réinventer et de développer avec la talentueuse équipe de MGM* » ;

⁴² P. 41 du rapport Media outlook

- Les adaptations (*remake*) sont un autre moyen de valoriser les droits d'une œuvre, palliant un éventuel handicap à l'export du fait de spécificités nationales trop marquées : le film *Bienvenue chez les Ch'tis* a par exemple fait l'objet d'adaptations en Espagne (*Ocho apellidos vascos*), en Italie dans une œuvre en deux volets (*Benevenuti al Sud* et *Benvenuti al Nord*), et de projets avortés aux Etats-Unis et même en Chine. La série policière à succès *HPI*, a de même été adaptée en République tchèque et en Slovaquie, et la chaîne américaine ABC a récemment racheté les droits à TF1 pour produire une adaptation aux Etats-Unis. La série *Le bureau des légendes* fera prochainement l'objet d'une adaptation américaine. Les formats dits de « flux » sont également sujets aux adaptations nationales. C'est le cas par exemple des jeux télévisés tels que *Koh Lanta*, *Fort Boyard*, *Qui veut gagner des millions ?*, ou plus récemment de *Lol, qui rit sort*, concept japonais racheté par Amazon Prime et décliné dans plusieurs pays ;
- Enfin, les produits dérivés sont susceptibles de générer des recettes importantes, s'agissant en particulier des œuvres d'animation telles que *Molang* ou *Miraculous : les aventures de Ladybug et Chat noir*. Les droits peuvent être exploités sous formes de produits commerciaux mais aussi de jeux vidéo et même d'attractions. Le Futuroscope a par exemple inauguré en 2009 une attraction en 4D sur les *Minimoys*, en 2018 une attraction sur *Valerian et la Cité des Mille Planètes*, permettant aux visiteurs de retrouver les personnages et l'univers de ces œuvres.

Faute de pouvoir produire elles-mêmes des œuvres nouvelles à un rythme suffisamment soutenu pour répondre à la demande, les plateformes se sont engagées dans une véritable « course aux catalogues », achetant massivement des droits de diffusion. Entre janvier 2018 et septembre 2022, le nombre de séries disponibles sur Netflix est ainsi passé de 500 à plus de 1 200, et de 190 à 800 sur Amazon Prime⁴³. En 2020, soit avant l'entrée en vigueur du décret SMAD, 67 % des droits mondiaux sur les œuvres françaises ont été acquis par des éditeurs de service de vidéo à la demande (72 % en 2019), le reste correspondant à des ventes de droits télévisuels, soit à des diffuseurs souvent filiales de majors américaines, soit à des diffuseurs tels que TV5 Monde⁴⁴.

La croissance de la demande a fortement tiré à la hausse les revenus de catalogue. À titre d'exemple, Gaumont a tiré en 2022 un chiffre d'affaires d'environ 40 M€ de l'exploitation de son catalogue de films de cinéma⁴⁵, principalement constitué des ventes aux chaînes de télévision (37 %), à l'exportation (29,5 %) et plus marginalement par la vidéo à la demande (14%). S'agissant de la société Xilam Animation, l'exploitation de son catalogue, constitué de plus de 2 200 épisodes et de deux longs métrages, a rapporté en 2022 un chiffre d'affaires historique de 11,3 M€⁴⁶, soit une hausse de 76 % en un an, grâce à ses trois principales franchises, *Oggy*, *Zig & Sharko* et *Chicky*.

L'exploitation du catalogue garantit ainsi aux sociétés de production un chiffre d'affaires élevé, étalé dans le temps et relativement pilotable. Dans une industrie de lourds investissements à la rentabilité incertaine, **la formation d'un catalogue constitue dès lors un**

⁴³ CNC, 27 janvier 2023, *Observatoire de la vidéo à la demande*

⁴⁴ Arcocom, mars 2022, étude sur le tissu économique du secteur de la production audiovisuelle, 6^{ème} édition. NB : la vente des droits monde inclut les ventes de droits portant sur plusieurs zones géographiques sans recouvrir l'intégralité des territoires.

⁴⁵ CA 42,6 M€ dont 83 % sont liés à l'exploitation du catalogue de films de cinéma (source : PV de l'AG mixte du 11 mai 2023). Le chiffre d'affaires du catalogue Gaumont en 2021 s'élève à M€ 40,1 dont 80% sont liés à l'exploitation du catalogue de films de cinéma (source : PV de l'AG mixte du 5 mai 2022).

⁴⁶ Xilam animation, rapport financier annuel 2022

axe stratégique majeur de développement. Le catalogue représente une garantie de solvabilité permettant aux plus petites sociétés de contracter des emprunts bancaires pour investir dans de nouveaux projets. Cette capacité financière participe aussi de la créativité de l'entreprise, garantissant une certaine autonomie pour lancer la production de quelques projets, indépendamment des financements et commandes de diffuseurs.

L'intérêt financier immédiat qu'ont pu trouver les producteurs français à faire de la production exécutive pour les plateformes s'est ainsi révélé répondre à une logique court-termiste : les producteurs se voient garantir un chiffre d'affaires élevé mais se privent de tout actif, susceptible de générer des revenus futurs. Le recours à la production exécutive permet par ailleurs à la plateforme de changer librement de producteur pour produire d'autres saisons d'une même série télévisée ou développer des œuvres dérivées (*spin off, prequel, sequel*) avec un autre producteur.

Par ailleurs, les diffuseurs historiques ont pointé plusieurs asymétries de régulation au bénéfice des SMAD, devenus des concurrents directs.

À compter des années 2010, **les éditeurs de services télévisés ont été confrontés à la concurrence d'une multiplicité d'acteurs non linéaires :** plateformes de partage de vidéo en ligne (YouTube, Facebook, TikTok...), vidéo à la demande par abonnement (Netflix, Amazon Prime, Disney+, Apple TV+). Dès 2016, Reed Hastings, fondateur et président exécutif de Netflix, affichait ses ambitions mondiales, prédisant qu'à terme « *toute la télévision se tournera vers Internet* » et que « *d'ici 20 ans, la télévision linéaire ne sera plus pertinente, comme le sont devenues les lignes de téléphone fixe* »⁴⁷.

Les éléments de différenciation entre chaînes de télévision et services de média à la demande tendent ainsi à s'estomper, les SMAD proposant désormais des programmes dits « de flux » et même la retransmission en direct de grands événements sportifs, longtemps restés l'apanage des diffuseurs historiques. Alors qu'aux Etats-Unis, en 2021, 95 % des programmes les plus regardés à la télévision sont des programmes sportifs, les chaînes de télévision subissent désormais la concurrence des plateformes de vidéo à la demande pour l'acquisition des droits de diffusion. Amazon Prime Video a par exemple acheté pour un milliard de dollars les droits mondiaux de la *National Football League* américaine, soit un montant deux fois plus élevé que celui précédemment consenti par la chaîne Fox⁴⁸. En France, Amazon Prime Video a acquis les droits de diffusion pour les matchs de Roland Garros sur la période 2023-2027. De son côté, Apple TV + a acquis pour 2,5 milliards de dollars les droits de captation et d'exploitation mondiale des compétitions de la MLS, la *Major League Soccer*, avec l'ambition de réinventer la manière de filmer et diffuser ces événements.

L'arbitrage fait par le consommateur du temps alloué à chacun de ces services s'est jusqu'à présent fait **au détriment des services linéaires :** si la télévision représente toujours deux tiers du temps de vidéo des Français, cette part relative s'érode (- 7 points en 4 ans) et la durée d'écoute recule (3h19 en 2023 contre 3h40 en 2019)⁴⁹. Un tiers des abonnés français à Netflix et 45 % des abonnés de moins de 35 ans déclarent moins regarder la télévision⁵⁰ et 21 % des abonnés à un SMAD déclarent avoir abandonné leur abonnement à une offre de télévision payante⁵¹. Les jeunes générations, en particulier, se détournent massivement des offres

⁴⁷ Joe Nocera, 15 juin 2016, in *The New York Times* « *Can Netflix survive in the new world it has created ?* »

⁴⁸ Tripp Mickle, Kevin Draper, Benjamin Mullin, 24 juillet 2022, in *The New York Times*, « *Why big tech is making a big play for live sports* »

⁴⁹ Médiamétrie, 2 janvier 2024, bilan des audiences télévisées

⁵⁰ CSA et CNC, 2018, *La vidéo à la demande par abonnement en France : marché et stratégies des acteurs*

⁵¹ Médiamétrie, juillet 2018, baromètre de la SVoD, vague 3

linéaires : au troisième trimestre 2022, 81 % de la consommation vidéo des 18-24 ans se fait sur des services non linéaires⁵².

Le modèle économique des chaînes de télévision se trouve fragilisé par cette concurrence accrue. Les recettes publicitaires ont été directement affectées par la chute des audiences : déjà entre 2007 et 2017, les recettes publicitaires de la télévision ont baissé de 13 %⁵³. Internet constitue en 2022 le premier support de publicité média, avec 51 % du total des recettes, loin devant la télévision (26 %)⁵⁴. Les annonceurs se tournent en effet de plus en plus vers la publicité en ligne, qui offre plusieurs avantages comparatifs, notamment celui de ne pas avoir de secteurs interdits⁵⁵ et de permettre largement la publicité ciblée. Les diffuseurs historiques sont dès lors confrontés à un effet de ciseau : la concurrence des SMAD a contribué, d'une part, à une érosion de leurs audiences ainsi que de leurs recettes publicitaires et, d'autre part, à l'augmentation des coûts de production et des droits d'exploitation.

Face à cette concurrence croissante et pour répondre à l'évolution des usages, les chaînes de télévision ont développé leurs propres plateformes de vidéo à la demande : dès 2005, le groupe TF1 a lancé une offre payante, aujourd'hui nommée « TF1+ », ainsi qu'une offre à destination des enfants « Tfou Max » ; en 2010, M6 a lancé une plateforme consacrée aux séries (« Pass M6 »), qui a fermé en 2016 ; enfin, France Télévisions, M6 et TF1 ont joint leurs forces en 2020 pour lancer une plateforme de vidéo à la demande commune (« Salto »), interrompue dès 2023.

Lors de l'arrivée sur le marché des plateformes américaines de la vidéo à la demande, **les diffuseurs historiques ont souligné les distorsions de concurrence** engendrées par l'application de la règle du pays d'origine pour réglementer la prestation de services audiovisuels transfrontières. En application de l'article 2 de la directive SMA, **les SMAD relèvent en effet de la compétence de l'Etat membre dans lequel ils sont établis**. Les plateformes extra-européennes de vidéo à la demande ont tiré tout le parti de cette disposition, localisant leur siège social dans les Etats membres les moins-disants en termes de régulation : en 2017, sur les 65 services de vidéo à la demande recensés comme proposant leurs services en France, si 12 seulement n'étaient pas déclarés en France⁵⁶, c'est le cas des plus importants d'entre eux puisque Netflix est établi aux Pays-Bas, Amazon Prime Video au Royaume-Uni, Apple TV + en Irlande et Disney + en Belgique.

Or, la réglementation au niveau européen de ces services est restée, avant la révision de la directive SMA en 2018, minimale. La directive⁵⁷ ne comportait alors que deux articles réglementant les services de médias audiovisuels à la demande : l'article 12 prévoyant des dispositions visant la protection des mineurs ; l'article 13 prévoyant, dans des termes peu contraignants, que les Etats 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 importante réservée aux*

⁵² CNC, 27 janvier 2023, *Observatoire de la vidéo à la demande*

⁵³ Rapport IGF, mars 2022, « La concentration dans le secteur des médias à l'ère numérique : de la réglementation à la régulation ». Sur la base d'une contribution écrite de la DGMIC, d'après France Pub (2006-2009) et IREP (2009-2020)

⁵⁴ Arcom, rapport annuel 2022.

⁵⁵ Art. 8 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992

⁵⁶ CSA et CNC, 2018, *La vidéo à la demande par abonnement en France : marché et stratégies des acteurs*

⁵⁷ 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 Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels

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

Aucune obligation de mise à disposition d'œuvres européennes n'était ainsi imposée par le droit de l'Union aux SMAD, qui, de fait, proposaient massivement des œuvres américaines : en juin 2017, 82,2 % du catalogue d'Amazon Prime Vidéo était ainsi composé de films américains⁵⁸. Les diffuseurs historiques sont, à l'inverse, tenus de consacrer une « proportion majoritaire » de leur temps d'antenne à des œuvres européennes (art. 16) ; 10 % de leur temps d'antenne⁵⁹ doit par ailleurs être consacré à des œuvres européennes émanant de producteurs indépendants, ou 10 % de leur budget de programmation consacré à ces mêmes œuvres (art. 17).

Cette asymétrie réglementaire a conduit, d'après les termes mêmes de la Commission européenne, à un « **désavantage compétitif pour les diffuseurs linéaires, qui ont été soumis à des obligations plus contraignantes s'agissant de la promotion d'œuvres européennes** »⁶⁰. Le désavantage compétitif est d'autant plus marqué en France, où, comme cela a été rappelé, les quotas de diffusion d'œuvres européennes imposés aux éditeurs de service de télévisés sont sensiblement plus élevés, et comportent de surcroît une part consacrée aux œuvres d'expression originale française.

Par ailleurs, **les SMAD visant la France échappaient alors aux obligations de contribution à la création**. La directive SMA permettait en effet, depuis 2010, aux Etats membres d'étendre aux services de médias audiovisuels à la demande relevant de leur compétence l'éventuelle obligation de contribution à la production d'œuvres européennes, le cas échéant imposée aux diffuseurs historiques (art. 13.2). La France avait fait ce choix : le décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande soumettait ces services à des obligations de soutien financier au développement de la création audiovisuelle, dès lors que leur chiffre d'affaires annuel atteint 10 millions d'euros. Applicables aux seuls services établis en France, ces obligations s'appliquaient, en pratique, essentiellement aux plateformes de vidéo à la demande créées par les diffuseurs historiques pour concurrencer les plateformes américaines.

En l'absence d'obligation d'investissement dans la production indépendante, les SMAD étrangers ont pu recourir de manière quasi-systématique à la production exécutive, contrairement aux chaînes de télévision nationales, fortement limitées dans leur capacité à détenir les droits sur les œuvres qu'elles financent. Les diffuseurs historiques sont ainsi susceptibles d'assister, impuissants, au rachat, par les plateformes de vidéo à la demande concurrentes, d'œuvres qu'elles avaient majoritairement financées.

Enfin, **jusqu'en 2017, seuls les SMAD établis en France devaient contribuer au fonds de soutien du CNC**. Les diffuseurs historiques ont ainsi été confrontés à la concurrence accrue de plateformes étrangères ciblant le territoire français sans être soumis à la réglementation française ni à une réglementation similaire dans leur pays d'établissement. L'Autorité de la concurrence, dans son avis, posait le diagnostic d'un « *terrain de jeu concurrentiel non équitable et inefficace* »⁶¹.

⁵⁸ CSA et CNC, 2018, *La vidéo à la demande par abonnement en France : marché et stratégies des acteurs*

⁵⁹ À l'exclusion du temps consacré aux informations, à des manifestations sportives, à des jeux, à la publicité, aux services de télétexte et au téléachat

⁶⁰ Commission staff working document, 13 octobre 2020, Reporting on the application of directive 2010/13/EU « Audiovisual Media Services Directive » for the period 2014-2019

⁶¹ Autorité de la concurrence, 21 février 2019, avis n° 19-A-04 relatif à une demande d'avis de la commission des affaires culturelles et de l'éducation de l'Assemblée nationale dans le secteur de l'audiovisuel.

La viabilité du système français de financement de la création audiovisuelle et cinématographique, reposant sur le chiffre d'affaires des éditeurs de services télévisés, a semblé menacée.

Enfin, les exploitants de salles de cinéma ont dénoncé la tendance des plateformes de vidéo à la demande à diffuser directement sur leur service des œuvres qui avaient pourtant vocation à connaître une exploitation première et exclusive au cinéma.

Élaborée dès les années 1980 pour protéger les salles de cinéma de la concurrence croissante des chaînes de télévision, la chronologie des médias définit, aux articles L. 231-1 et suivants du code du cinéma et de l'image animée, l'ordre et les délais dans lesquels l'exploitation des œuvres cinématographiques peuvent intervenir. La loi renvoie à des accords interprofessionnels le soin de déterminer le délai applicable pour l'exploitation des œuvres cinématographiques par les services de télévision et les SMAD. Le délai relatif à l'exploitation sous forme de vidéogramme, tels que les DVD, est quant à lui directement fixé par le code du cinéma et de l'image animée.

Les plateformes de vidéo à la demande ont rapidement cherché à s'émanciper de cette réglementation, refusant d'accorder aux salles de cinéma une exclusivité sur la première diffusion de leurs propres œuvres. Faute de pouvoir exploiter en France leurs productions en salles en même temps que sur leur plateforme, comme c'est le cas dans d'autres pays, **les SMAD ont parfois préféré renoncer à une sortie en salles**. Ainsi, alors que les films Disney peuvent représenter en France jusqu'à un quart des entrées au cinéma, le groupe a pu ponctuellement faire le choix de diffuser certaines de ses créations directement sur sa plateforme comme en décembre 2022, pour le film d'animation, *Strange World*.

Cette volonté de s'affranchir d'une exploitation préalable en salles a fait l'objet de vifs débats dans les différents festivals internationaux de cinéma. Alors qu'en 2017, les films *Okja* de Bong Joon-ho et *The Meyerowitz Stories* de Noah Baumbach, distribués par Netflix avaient pu être sélectionnés pour le festival de Cannes, le festival a finalement décidé de faire de l'exploitation première de l'œuvre en salles une condition pour concourir⁶². D'autres festivals se montrent toutefois moins exigeants : le film *Roma* d'Alfonso Cuarón (Netflix) a ainsi pu remporter en 2018 le Lion d'or à la Mostra de Venise et trois Oscars. L'Académie des Oscars a également récompensé *The Power of the Dog* (Netflix) ainsi que *Coda* (Apple TV+).

L'émergence rapide de ces acteurs mondiaux de la vidéo à la demande, et leur rapide mutation depuis la seule diffusion vers la production de contenus, a ainsi profondément bouleversé l'industrie audiovisuelle et cinématographique et fragilisé le modèle de répartition de la valeur.

1.2.L'adaptation de la réglementation à ces plateformes de vidéo à la demande ne disposant d'aucun établissement stable sur le territoire européen a apporté une protection utile au secteur audiovisuel et cinématographique.

⁶² Article 4 du règlement 2024 : « Tout long métrage invité en compétition devra faire l'objet d'une sortie commerciale dans les salles de cinéma en France, dans le respect de la réglementation française, applicable notamment en matière de chronologie des médias. Tout ayant droit, producteur ou mandataire qui soumet un long métrage s'engage sur l'honneur à respecter cette clause ».

- A. Le cadre juridique a été adapté, au niveau français et européen, pour faire face à l'essor de ces nouvelles pratiques contractuelles et résorber les asymétries de réglementation défavorisant les diffuseurs traditionnels.

Les législateurs français et européen ont renforcé les outils visant à empêcher le contournement par voie contractuelle des dispositions garantissant les droits moraux et patrimoniaux des auteurs.

L'insertion de clauses plaçant les contrats signés avec les plateformes de vidéo à la demande sous l'empire du droit américain a amenuisé l'effectivité des protections conférées à l'auteur par la loi française et la directive européenne. Faute de pouvoir instaurer un contrôle efficace de la légalité des contrats, le législateur national⁶³ a renforcé la **conditionnalité des aides du CNC** et les critères de prise en compte des œuvres au titre de la contribution au développement de la production.

En premier lieu, l'article L. 311-5 du code du cinéma et de l'image animée, introduit par l'ordonnance n° 2020-1642 du 21 décembre 2020, a subordonné l'attribution des aides financières du CNC à l'inclusion, dans les contrats conclus par les sociétés de production remis à l'appui d'une demande d'aide, de **clauses types** assurant le respect des droits moraux et patrimoniaux des auteurs, notamment le droit à une rémunération proportionnelle, le respect de l'intégrité de l'œuvre et le droit à la paternité. Ces clauses types sont élaborées par accord entre les organismes professionnels d'auteurs ou les organismes de gestion collective des auteurs et les organisations professionnelles représentatives des producteurs. Deux accords professionnels ont été signés, le 17 septembre 2021 et le 12 octobre 2021, s'agissant respectivement des œuvres audiovisuelles et cinématographiques. La société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), organisme de gestion collective des droits d'auteurs, examine systématiquement les contrats d'auteurs qu'elle enregistre pour vérifier l'insertion de ces clauses types. La SACD indique n'avoir repéré, depuis l'entrée en vigueur de cet accord, aucune pratique illégale conduisant à nier le droit d'auteur par des pratiques de rachat forfaitaire des droits (*buy out*). Deux autres accords ont été conclus les 13 avril et 22 août 2023 avec la SACEM, afin de tenir compte de la situation particulière des auteurs des compositions musicales.

En second lieu, l'article 70-1 de la loi du 30 septembre 1986, révisé par la même ordonnance, a interdit la prise en compte par **l'Arcom** des œuvres au titre de la contribution au développement de la production des œuvres audiovisuelles et cinématographiques lorsque celle-ci constate que les clauses des contrats conclus pour leur production ne sont pas compatibles avec les dispositions du code de la propriété intellectuelle relatif aux droits moraux et à la rémunération des auteurs. L'Arcom peut être saisie, par le CNC ou toute personne concernée, dans un délai de deux mois suivant son approbation de la contribution de l'éditeur pour effectuer ce contrôle.

Au niveau européen, **la révision de la directive droit d'auteur en 2019 a renforcé les garanties** de rémunération appropriée et de transparence sur l'exploitation des œuvres, au

⁶³ La crise sanitaire a interrompu l'examen du projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique. L'essentiel des dispositions prévues par ce texte, visant à adapter le cadre juridique à l'évolution des usages et des équilibres de marché, a finalement été pris par l'ordonnance n° 2020-1642 du 21 décembre 2020 et la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020

bénéfice des auteurs et artistes interprètes. Plusieurs obligations d'ordre public sont ainsi créées, la directive empêchant explicitement toute dérogation par voie contractuelle⁶⁴.

En premier lieu, **l'article 20 de la directive a prévu un mécanisme d'adaptation des contrats**. Inspiré de la clause dite *best-seller*, prévue dans le droit de plusieurs Etats membres, le mécanisme accorde aux auteurs et artistes interprètes « *le droit de réclamer à la partie avec laquelle ils ont conclu un contrat d'exploitation des droits ou aux ayants droits de cette partie, une rémunération supplémentaire appropriée et juste lorsque la rémunération initialement convenue se révèle exagérément faible par rapport à l'ensemble de revenus ultérieurement tirés de l'exploitation des œuvres ou des interprétations ou exécutions* ».

Ces dispositions ont été transposées en droit français par l'ordonnance du 12 mai 2021 qui a modifié l'article L. 131-5 du code de la propriété intellectuelle afin de garantir à l'auteur le **droit à une rémunération supplémentaire** lorsque la rémunération proportionnelle initialement prévue dans le contrat d'exploitation se révèle « *exagérément faible* » par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation par le cessionnaire. Applicable en l'absence de disposition particulière prévoyant un mécanisme comparable dans le contrat d'exploitation ou dans un accord professionnel applicable, ce dispositif suppose néanmoins une appréciation du caractère exagérément faible de la rémunération proportionnelle obtenue par l'auteur. L'absence à ce stade de ligne jurisprudentielle ne permet pas d'apprécier pleinement l'efficacité de ce mécanisme.

En deuxième lieu, la directive révisée a instauré une **obligation de transparence sur l'exploitation des œuvres au bénéfice de leurs auteurs**. Aux termes de son article 19, les Etats membres veillent à ce que les auteurs reçoivent régulièrement et au minimum une fois par an, et en prenant compte des spécificités de chaque secteur, « *des informations actualisées, pertinentes et complètes sur l'exploitation de leurs œuvres et les exécutions de la part des parties auxquelles ils ont octroyé sous licence ou transféré leurs droits, ou des ayants droits de celles-ci, notamment en ce qui concerne les modes d'exploitation, l'ensemble des revenus générés et la rémunération due* ». Ces dispositions sont d'ordre public (art. 23).

Un mécanisme similaire existait déjà en droit français, l'article L. 132-28 du code de la propriété intellectuelle prévoyant que « *le producteur fournit, au moins une fois par an, à l'auteur et aux coauteurs un état des recettes provenant de l'exploitation de l'œuvre selon chaque mode d'exploitation* ». Des obligations concrètes s'y attachent, telles que la fourniture d'une copie des contrats par lesquels le producteur cède à des tiers tout ou partie des droits dont il dispose ou encore l'information des coauteurs en cas de cession du bénéfice d'un contrat de production audiovisuelle, dans un délai minimal d'un mois avant la date effective de la cession. Ultérieurement, le code du cinéma et de l'image animée (articles L. 213-32 et L. 251-9) est venu préciser, au titre des obligations de transparence qu'il fait peser sur les producteurs délégués, que la transmission des comptes d'exploitation aux auteurs prévue par lui tient lieu de la fourniture de l'état des recettes prévues à l'article L. 132-28 précité.

⁶⁴ Considérant 81 : « *Les dispositions concernant la transparence, les mécanismes d'adaptation du contrat et les procédures de règlement des litiges figurant dans la présente directive devraient revêtir un caractère obligatoire et les parties ne devraient pas pouvoir déroger à ces dispositions, que ce soit dans les contrats entre les auteurs, artistes interprètes ou exécutants et leurs partenaires contractuels ou dans des accords conclus entre ces derniers et des tiers, tels que les accords de confidentialité (...)* » / article 23 : « *Les Etats membres veillent à ce que toute disposition contractuelle qui fait obstacle au respect des articles 19, 20 et 21 soit inopposable aux auteurs et aux artistes interprètes ou exécutants* ».

Pour mieux garantir la transparence sur les données d'exploitation des œuvres, l'ordonnance du 21 décembre 2020 a prévu, à l'article 43-7 de la loi du 30 septembre 1986, un dispositif spécifique aux SMAD étrangers visant le territoire français. Lorsque ces éditeurs de services concluent une convention avec l'Arcom précisant les modalités de la contribution consacrée au développement de la production, cette convention « *précise également les conditions d'accès des ayants droit aux données relatives à l'exploitation de leurs œuvres et notamment à leur visionnage* ». Il en va de même lorsque les modalités de la contribution donnent lieu à une notification de l'Arcom.

Bien que la conclusion de telles conventions ne soit pas obligatoire, **les principaux SMAD étrangers ont conclu des accords avec la SACD**, organisme de gestion collective des droits d'auteur, ainsi que **la Société civile des auteurs multimédia (SCAM)**, afin de définir les modalités de mise en œuvre de ces obligations. La transmission des données d'exploitation par les SMAD étrangers aux auteurs français semble désormais satisfaisante. Ces données, visées aux articles L. 132-18 et L. 132-28-1 du code de la propriété intellectuelle, concernent le nombre d'actes de téléchargement et de consultation ou de visualisation. Elles sont transmises à la société de gestion collective dont l'auteur est membre, celle-ci communiquant ensuite les données à l'intéressé. **Cependant, la transmission des données d'exploitation aux autres ayants-droits⁶⁵, notamment les producteurs, n'apparaît pas avoir été prévue** ni au travers d'accords interprofessionnels similaires ni par des engagements dans le cadre des conventions, obérant leur capacité à connaître l'attractivité de leurs programmes et à en tirer de meilleures rémunérations dans le cadre des exploitations à venir.

En troisième lieu, sans en faire un principe d'ordre public, l'article 18 de la directive droit d'auteur prévoit la « **rémunération appropriée et proportionnelle** » des auteurs et les artistes interprètes lorsqu'ils octroient sous licence ou transfèrent leurs droits exclusifs pour l'exploitation de leurs œuvres. Le considérant 73 de la directive précise néanmoins qu'« *un montant forfaitaire peut également constituer une rémunération proportionnelle, mais cela ne devrait pas être la règle. Les Etats membres devraient avoir la liberté de définir des cas précis pour lesquels un montant forfaitaire peut être versé en tenant compte des spécificités de chaque secteur* ».

La France a transposé ces dispositions par l'ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021, qui a prévu la garantie d'une « **rémunération appropriée et proportionnelle** » dans les dispositions applicables aux artistes interprètes, qui relèvent des droits voisins du droit d'auteur. Le Conseil d'Etat a annulé l'ordonnance du 12 mai 2021 en tant qu'elle permettait que l'auteur ne puisse, dans certains cas, obtenir une rémunération appropriée qu'après une action de correction alors que la directive exige que la rémunération soit, d'emblée, « **appropriée** »⁶⁶.

⁶⁵ L'article 43-7 III deuxième alinéa et IV de la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication visant l'ensemble des ayants droit

⁶⁶ Conseil d'Etat, 15 novembre 2022, Comité pluridisciplinaire des artistes-auteurs et des artistes-aatrices, Ligue des auteurs professionnels, n° 454477 : l'ordonnance se bornait à prévoir que les auteurs cédant leurs droits exclusifs pour l'exploitation de leurs œuvres contre une rémunération forfaitaire ou ceux n'ayant bénéficié que d'une rémunération proportionnelle se révélant exagérément faible, puissent obtenir une rémunération appropriée soit par une action en révision des conditions du contrat pour lésion ou prévision insuffisante des produits de l'œuvre lorsque celle-ci a été cédée moyennant une rémunération forfaitaire soit par l'obtention d'un droit à rémunération complémentaire lorsque la rémunération proportionnelle initialement prévue se révèle exagérément faible.

Pour garantir les conditions d'une concurrence loyale, les pouvoirs publics ont par ailleurs cherché à corriger les asymétries de réglementation en défaveur des diffuseurs traditionnels.

En premier lieu, les interdictions relatives aux jours et heures de diffusion des films faites aux chaînes de télévision, rendues anachroniques par l'essor des services délinéarisés, ont été aménagées.

Afin de protéger les salles de cinéma, la loi 30 septembre 1986 prévoyait l'encadrement de la programmation des œuvres cinématographiques à la télévision les jours et heures de plus grande fréquentation des salles. Pris pour l'application de ces dispositions, l'article 10 du décret n° 90-66 du 17 janvier 1990 a longtemps interdit la diffusion d'œuvres cinématographiques les mercredi et vendredi soirs – à l'exception des œuvres d'art et d'essai diffusées après 22 h 30 –, le samedi toute la journée et le dimanche avant 20 h 30. Cette réglementation différait selon que le service était hertzien ou non ou consacré majoritairement au cinéma, et un assouplissement était possible en contrepartie d'investissements plus importants dans la création et d'un quota de films européens ou d'expression originale française plus élevé.

L'essor des offres non linéaires a toutefois rendu anachronique ce dispositif, créant un avantage concurrentiel au profit des plateformes de vidéo à la demande. Constatant les bons chiffres de fréquentation des salles malgré l'essor des SMAD, l'Autorité de la concurrence avait souligné que « *le niveau de fréquentation des salles de cinéma n'est pas directement lié à la possibilité, pour un consommateur, de visionner une œuvre cinématographique sur un service audiovisuel et que l'efficacité et la justification de la réglementation des "jours interdits" ne sont pas démontrées* »⁶⁷. Le décret n° 2020-984 du 5 mai 2020 a supprimé l'essentiel des interdictions relatives aux jours et heures de diffusion d'œuvres cinématographiques imposées aux éditeurs de services télévisés autres que le cinéma. La seule contrainte restante pour les chaînes non-cinéma concerne le samedi à partir de 20h30 : les services ne peuvent diffuser sur ce créneau que les œuvres cinématographiques de longue durée dont ils ont financé la production au titre de leur contribution obligatoire, ainsi que les œuvres cinématographiques d'art et d'essai.

En deuxième lieu, les SMAD étrangers ont été assujettis, à compter de 2018, à la taxe sur la diffusion en vidéo physique et en ligne de contenus audiovisuels.

Alors prévue à l'article 1609 *sexdecies* B du code général des impôts, la taxe, communément appelée « taxe vidéo », était assise sur le prix acquitté en contrepartie des ventes et locations de contenus audiovisuels sur des supports physiques et affectée au CNC. Le législateur a progressivement adapté le dispositif à l'évolution des usages audiovisuels. Dès 2004⁶⁸, le champ d'application de la taxe a été étendu à la vente et la location de contenus audiovisuels au moyen d'un procédé de communication électronique, c'est-à-dire par le biais d'Internet ou d'un téléviseur relié à un réseau téléphonique ou câblé. La loi de finances rectificative pour 2016 a ensuite permis d'inclure dans le champ de la taxe les entreprises établies à l'étranger qui mettent à disposition du public en France des services donnant accès à titre onéreux à des œuvres audiovisuelles et cinématographiques. Compte tenu de l'essor des services de vidéo à la demande, le taux de la taxe a par ailleurs été significativement rehaussé, de 2 % à 5,15 %. Sous l'effet de ces évolutions successives, le produit de la taxe a plus que doublé : de 34,2 M€ en 2019, à 87,3 M€ en 2020 à 111,6 M€ en 2021.

⁶⁷ Avis n° 19-A-04 du 21 février 2019 relatif à une demande d'avis de la commission des Affaires culturelles et de l'Éducation de l'Assemblée nationale

⁶⁸ Loi 2004-669 du 9 juillet 2004 qui complètent l'article 1609 *sexdecies* B du CGI

En troisième lieu, les SMAD ont été soumis à des obligations en matière de diffusion ou mise à disposition d'œuvres européennes.

La directive 2010/13/UE sur les services de médias audiovisuels (SMA) a fait l'objet d'une révision, adoptée le 6 novembre 2018, afin d'assurer « *un environnement réglementaire pour équitable pour l'ensemble du secteur de l'audiovisuel, y compris en ce qui concerne les services à la demande (...) et [favoriser] les productions européennes* ». À l'article 13 paragraphe 1 de la directive a été introduite l'obligation pour les fournisseurs de services de médias audiovisuels à la demande de proposer « *une part d'au moins 30 % d'œuvres européennes dans leurs catalogues* » et de mettre en valeur ces œuvres.

Ce quota, certes moins élevé que celui applicable aux diffuseurs historiques, qui doivent diffuser une proportion majoritaire d'œuvres européennes, représente néanmoins une **première avancée**. En effet, en juin 2017, Amazon Prime Video ne mettait à disposition de ses abonnés européens que 1,7 % de films européens et 10 % de séries européennes⁶⁹. La même année, Netflix proposait en moyenne 14 % d'œuvres européennes à ses utilisateurs dans les pays de l'Est de l'Union, contre 19 % en France et 20 % en Belgique, en Italie et aux Pays-Bas⁷⁰.

La France est l'un des seuls Etats membres de l'Union⁷¹ à avoir arrêté, dans son droit national, un quota supérieur au plancher de 30 % d'œuvres européennes devant être mises à disposition dans les catalogues des plateformes de vidéo à la demande fixé par la directive. **Le décret n° 2021-793 du 22 juin 2021** relatif aux services de médias audiovisuels à la demande (ci-après « décret SMAD ») a en effet **aligné les obligations faites aux SMAD relevant de la compétence de la France sur celles applicables aux éditeurs de services historiques** : 60 % d'œuvres européennes et 40 % d'œuvres d'expression originale française doivent désormais figurer dans les catalogues⁷². **L'application de la règle du pays d'origine** permet néanmoins aux principales plateformes de vidéo à la demande d'y échapper, celles-ci étant établies dans d'autres Etats membres.

Sept autres Etats membres (Belgique, Espagne, Hongrie, Italie, Pologne, Portugal et Slovaquie) ont également mis en place des sous-quotas, afin de promouvoir les productions indépendantes ou en langue originale du pays⁷³. Les sous-quotas linguistiques sont globalement moins élevés qu'en France : 15 % en Espagne, 10 % en Hongrie, 30 % en Pologne. L'Italie se distingue par un dispositif particulièrement élaboré : 50 % du quota de 30 % d'œuvres européennes (soit 15%) devant figurer dans le catalogue des plateformes relevant de la compétence de l'Italie est réservé aux œuvres indépendantes d'expression originale italienne produite dans les cinq dernières années ; par ailleurs, 20 % du sous-quota de 15 % (soit 3 %) est réservé aux œuvres cinématographiques d'expression originale italienne émanant de producteurs indépendants.

Enfin, l'introduction d'une dérogation importante à la règle du pays d'origine a permis de soumettre les SMAD étrangers visant la France à l'obligation de contribution à la production d'œuvres européennes et d'expression originale française qui s'impose aux diffuseurs historiques.

⁶⁹ CSA et CNC, 2018, La vidéo à la demande par abonnement en France : marché et stratégies des acteurs

⁷⁰ Observatoire européen de l'audiovisuel, décembre 2017, « *The origin of films in VOD catalogues* »

⁷¹ La Belgique francophone a mis en place un quota de 30% avec un rehaussement graduel sur cinq ans, jusqu'à 40%.

⁷² Ces quotas figuraient déjà dans le décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande

⁷³ A. Lacourt, E. Munch, J. Radel-Cormann, AVMS Digest, octobre 2023 « The promotion of European works », Observatoire européen de l'audiovisuel.

À l'issue de longues négociations, les autorités françaises, soutenue par une quinzaine d'États membres, ont obtenu **l'introduction d'une dérogation au principe dit « du pays d'origine »**, qui prévoit l'application de la réglementation du pays d'établissement aux fournisseurs transfrontières de services.

L'article 13.2 de la directive SMA⁷⁴ permet désormais aux États membres d'imposer des obligations de financement aux fournisseurs de services de médias, SMAD comme services de télévision, relevant de la compétence d'un autre État qui ciblent leur territoire. Ces obligations doivent être proportionnées et non discriminatoires. Elles doivent être calculées uniquement sur la base des recettes perçues dans l'État membre visé. Le Danemark, la Roumanie, l'Allemagne, la Croatie, la Pologne, le Portugal et la République tchèque ont instauré le versement d'une taxe abondant un fonds de soutien, tandis que l'Espagne, les Pays-Bas et l'Italie ont privilégié l'instauration d'une obligation d'investissement direct. La Belgique (communauté flamande et communauté francophone) et la Grèce prévoient l'alternative entre ces deux obligations, tandis que les SMAD ciblant la Croatie, la Pologne et la France sont soumis à ces deux modalités de contribution à la création⁷⁵.

La France a adopté la transposition la plus favorable au secteur de la production indépendante, lui garantissant un niveau élevé d'investissements.

Le décret SMAD du 22 juin 2021 prévoit que les SMAD par abonnement visant la France doivent consacrer chaque année **une part de leur chiffre d'affaires annuel à des dépenses contribuant au développement de la production cinématographique** égale à : « 1° 25 % lorsqu'ils proposent annuellement au moins une œuvre cinématographique de longue durée dans un délai inférieur à douze mois après sa sortie en salles en France ; / 2° 20 % dans les autres cas ». Cette contribution peut se matérialiser par des achats de droits d'exploitation, des investissements en parts de producteurs dans certaines conditions, le financement de travaux d'écriture et de développement, l'adaptation aux personnes en situation de handicap ou encore le financement pour le doublage, sous-titrage, promotion (art. 12 du décret).

Le dispositif est incitatif : les SMAD peuvent être autorisés à diffuser plus rapidement les films après leur sortie en salles lorsqu'ils augmentent leur contribution financière. La répartition de la contribution est par ailleurs susceptible d'être modulée par voie de convention entre l'éditeur et l'Arcom, afin, le cas échéant, de tenir compte des accords conclus avec les organisations professionnelles de l'industrie cinématographique ou audiovisuelle et organismes de gestion collective représentant les auteurs. À défaut de convention, l'Arcom notifie à l'éditeur de services concerné l'étendue de ses obligations au titre de la contribution à la production et des conditions d'accès des ayants-droits aux données relatives à l'exploitation des œuvres. Les éditeurs de services sont donc fortement incités à conclure une convention. De fait, **les sociétés Netflix, Disney + et Amazon Prime Video ont suivi cette voie**.

Le décret SMAD prévoit par ailleurs qu'au moins 85 % des dépenses doivent être consacrées aux œuvres d'expression originale française (art. 16). Enfin, une part minimale des dépenses des SMAD doit être consacrée au développement de la production indépendante d'œuvres européennes : trois quarts pour le cinéma (art. 21) et deux tiers pour l'audiovisuel (art. 22), soit

⁷⁴ « Lorsque les États membres exigent que les fournisseurs de services de médias relevant de leur compétence contribuent financièrement à la production d'œuvres européennes, notamment par des investissements directs dans des contenus et par des contributions à des fonds nationaux, ils peuvent également exiger que les fournisseurs de services de médias qui ciblent des publics sur leur territoire mais sont établis dans un autre État membre contribuent financièrement de la sorte, de façon proportionnée et non discriminatoire »

⁷⁵ Au-delà de l'Union, la Suisse dispose d'une obligation de contribution visant les fournisseurs de services de médias visant leur territoire. L'Australie et le Canada travaillent à la mise en place d'une telle réglementation.

les mêmes proportions que celles applicables aux diffuseurs historiques⁷⁶. L'objectif est de limiter la captation, par les plateformes de vidéo à la demande étrangères, de tous les droits de propriété intellectuelle sur les œuvres européennes financées au titre de leurs obligations. Pour pouvoir comptabiliser la dépense dans ses obligations d'investissement en production indépendante audiovisuelle, le SMAD ne peut acquérir à titre exclusif les droits d'exploitation de l'œuvre sur une durée supérieure à trente-six mois (douze mois en cinéma), ni détenir, directement ou indirectement, de parts de producteurs, de mandats de commercialisation ou de droits secondaires. Ces droits doivent ainsi revenir aux producteurs européens, qui pourront en tirer des revenus sur une longue période.

Les dispositifs similaires mis en place dans d'autres États membres⁷⁷ sont moins ambitieux, d'autant que les critères de définition de la production indépendante y sont plus souples⁷⁸. A titre d'exemples :

- les SMAD visant l'Espagne doivent contribuer à hauteur de 5 % du chiffre d'affaires annuel réalisé dans le pays au développement de la production locale ; une part de ces dépenses est réservée aux œuvres émanant de producteurs indépendants, en langue espagnole ou dans l'une des langues officielles des communautés autonomes (70 % en audiovisuel et 40 % en cinéma) ;
- les SMAD visant l'Italie doivent contribuer à hauteur de 16 % de leur chiffre d'affaires italien à la production d'œuvres européennes (contre 20 % jusqu'en mars 2024). 70 % de ces dépenses doivent être consacrées aux œuvres d'expression originale italienne émanant de producteurs indépendants (contre 50 % jusqu'en mars 2024). Au total, les SMAD devront prochainement consacrer 11,2 % de leur CA aux producteurs italiens indépendants, contre 10 % aujourd'hui.

En parallèle, la France a fait le choix d'un taux de contribution élevé (20 % ou 25 %) en même temps que celui d'une part substantielle réservée à la production indépendante (trois quarts en cinéma, deux tiers en audiovisuel).

B. Ces nouvelles règles ont permis au secteur de la production audiovisuelle et cinématographique français de bénéficier d'investissements importants dans la création provenant des SMAD, tout en contribuant à faire évoluer les pratiques contractuelles.

L'extension aux SMAD des obligations d'investissement dans la production locale a consolidé le système de financement de la création cinématographique et audiovisuelle et représenté une opportunité économique réelle pour les producteurs français.

⁷⁶ Art. 21 du décret n° 2021-1926 du 30 décembre 2021 s'agissant des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre ; art. 25 du décret n° 2021-1924 du 30 décembre 2021 s'agissant des services de télévision distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par l'Arcom.

⁷⁷ Voir F.J. Cabrera Blazquez, M. Capello, J. Talavera Milla, S. Valais, 2022, « L'investissement dans les œuvres européennes : les obligations des fournisseurs de VOD », IRIS, Observatoire européen de l'audiovisuel.

⁷⁸ En Espagne, aux termes de l'article 2.22 de la loi sur les communications audiovisuelles, le producteur indépendant est celui qui ne dispose « d'aucun lien stable de stratégie commerciale » avec le diffuseur audiovisuel. Un tel lien est présumé lorsque le producteur et le diffuseur font partie du même groupe, conformément à l'article 42 du code de commerce, ou lorsqu'ils sont liés par un accord durable d'exclusivité qui restreint leur liberté de contracter avec d'autres parties.

En Italie, aux termes de l'article 2 paragraphe 1 p) section 12 du *Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, sont qualifiées d'indépendantes les sociétés de production qui ne sont ni des filiales ni liées à un service de média audiovisuel italien et qui, (1) soit ne réservent pas, sur une période de trois ans, plus de 90% de leur production à un même éditeur de services (2) soit détiennent des droits secondaires sur l'œuvre.

En 2022, premier exercice sur lequel le décret SMAD a été appliqué sur une année entière, les SMAD étrangers visant la France auront ainsi contribué⁷⁹ :

- s'agissant des œuvres audiovisuelles, à hauteur de 287 M€ au titre des obligations de production, dont 161 M€ pour la production indépendante et 198 M€ pour les œuvres d'expression originale française (OEF) ;
- s'agissant des œuvres cinématographiques, à hauteur de 58,5 M€ dont 45,9 M€ ont été consacrés à la production indépendante et 57,6 M€ aux œuvres OEF.

L'obligation faite aux SMAD de consacrer une part significative (trois quarts en cinéma, deux tiers en audiovisuel) de leurs dépenses contribuant au développement de la production d'œuvres européennes à la production indépendante a ainsi permis **un afflux important de financements** vers ce secteur.

Ces montants s'ajoutent à ceux, très élevés, investis en parallèle par les éditeurs de services de télévision. En 2022, **les investissements des SMAD au titre de ces dépenses obligatoires restent sans commune mesure avec ceux des opérateurs historiques**. Les services linéaires assurent encore 86 % de la contribution totale des dépenses investies dans le cinéma, soit 357 M€, le premier contributeur restant Canal Plus qui assure 45 % de cette dépense. En audiovisuel, les investissements des opérateurs historiques représentent 72 % de la contribution totale des services de médias audiovisuels, soit 880 M€, le premier contributeur restant France Télévisions, avec près de 37 % des dépenses.

Certains SMAD ont souhaité prendre des engagements en matière de contribution au financement du secteur. Netflix a par exemple conclu en février 2022 avec les principales organisations du secteur du cinéma un accord par lequel il s'est engagé à un minimum garanti de 30 millions d'euros par an dans la création cinématographique d'expression originale française, à une clause de diversité en faveur des films à faible budget et à un minimum de dix films préfinancés chaque année. En septembre 2023, Netflix s'est engagée auprès de ces organisations à porter son investissement en matière d'expression originale française à 85 % et 68 % pour les œuvres indépendantes d'ici 2026, à doubler son engagement de diversité pour atteindre 10 % de son obligation dans les œuvres audiovisuelles, dont 5 % dans le documentaire et 5 % dans l'animation. Le contrat est conclu pour une durée de quatre ans et a vocation à être repris dans la convention entre Netflix et l'Arcom.

Le dispositif français, combinant de très fortes garanties législatives et des obligations d'investissement (dont une partie substantielle est réservée à la production indépendante), ainsi que la conclusion de plusieurs conventions engageant les principaux SMAD a donc permis **d'intégrer ces géants américains de la vidéo à la demande au système de financement de la création**. Les protections effectives conférées au secteur de la production indépendante garantissent aux intéressés la possibilité de se constituer un actif, susceptible de générer durablement des revenus en commercialisant leurs droits sur des fenêtres secondaires d'exploitation, et assurent la circulation des œuvres.

Compte tenu de ces obligations renforcées, le CNC a fait entrer les SMAD étrangers dans le dispositif de droit commun de soutien à la création. Le « fonds sélectif aux plateformes »,

⁷⁹ Arcom, décembre 2023, Contribution des services de télévision et de médias audiovisuels à la demande au développement de la production audiovisuelle et cinématographique au titre de l'exercice 2022

mis en place en novembre 2021 afin de soutenir les œuvres produites par des producteurs délégués français et accessibles sur les plateformes extra-européennes visant le public français, a été supprimé. Depuis le 1^{er} janvier 2023, les projets financés par une plateforme ou une chaîne extra-européenne soumise à des obligations d'investissement sont désormais éligibles aux aides audiovisuelles, sélectives comme automatiques, du CNC. Afin d'éviter que la mise à disposition simultanée d'une œuvre dans de nombreux territoires par une plateforme épuise sa valeur, **la durée des droits que les plateformes peuvent acquérir sur ces œuvres aidées a été plafonnée**. L'ouverture des aides du CNC aux projets financés par les plateformes constitue ainsi l'aboutissement de l'intégration des plateformes au système français de financement de la création audiovisuelle.

La situation est toutefois variable dans l'Union européenne, d'autant que les grandes plateformes américaines n'hésitent pas à mettre en concurrence les Etats membres pour maximiser leurs avantages.

Une partie importante de la production audiovisuelle française considère par exemple de manière critique les choix faits dans un pays comme **l'Espagne**, qu'elle présente comme ayant fait le choix de privilégier l'attractivité de son territoire pour les tournages étrangers, afin de soutenir le tissu économique local, au détriment de l'objectif de maintien de la détention des droits de propriété intellectuelle. De nombreux dispositifs d'aide publique à la production ont été déployés au cours des dernières années : dès 2015, après le tournage de *Game of Thrones* en Andalousie, un crédit d'impôt de 15 % sur les budgets des tournages internationaux a été mis en place, depuis rehaussé à 30 %, jusqu'à 20 M€ par film et 10 M€ par épisode de série ; le plan « *Spain, audiovisual hub of Europe* » consacre 1,6 Md€ de fonds nationaux et européens au secteur, sur la période 2021-2025, avec l'objectif d'augmenter de 30 % la production audiovisuelle. Les géants américains de la vidéo à la demande ont massivement investi en Espagne : dès 2019, Netflix a installé ses principaux studios de production à *Tres Cantos*, dans la banlieue nord de Madrid. Sur ce complexe de 22 000 m², la plateforme dispose de pas moins de dix plateaux de tournage. Amazon Prime Video a de son côté annoncé la production de quatre séries et films dans le pays. Le recours quasi-systématique à la production exécutive fait toutefois l'objet d'un débat dans le pays : la loi du 17 décembre 2021 a ainsi prévu qu'une part des dépenses consacrées par les plateformes de vidéo à la demande à la production locale soit réservée à la production indépendante (70 % en audiovisuel et 40 % en cinéma). Toutefois, la possibilité alternative de consacrer cette part aux œuvres en langue espagnole ou dans l'une des langues officielles des communautés autonomes risque d'être utilisée par les plateformes de vidéo à la demande, qui tournent déjà massivement leurs productions locales en langue espagnole, afin de nourrir leurs catalogues latino-américains.

II. La préoccupation affirmée de « souveraineté culturelle » et la nécessité de favoriser une concurrence plus loyale entre les acteurs conduisent à envisager certains aménagements normatifs.

2.1. L'émergence de plateformes de vidéo à la demande de taille mondiale, à la fois prescriptrices et productrices de contenus, pose un nouveau défi au maintien de la diversité culturelle, à laquelle les outils mis en place par la directive SMA ne répondent que partiellement.

A. L'intérêt commercial des plateformes extra-européennes, qui est de produire des œuvres à vocation mondiale, présente un risque de standardisation de la production, menaçant l'objectif de diversité culturelle.

Dans un premier temps, l'émergence des plateformes de vidéos à la demande a d'abord semblé ne pas nuire à l'objectif de diversité culturelle.

Les éditeurs de services télévisés gratuits, qui cherchent à rassembler un large public sur des tranches horaires définies afin d'accroître leurs recettes publicitaires, sont traditionnellement conduits à privilégier la diffusion d'œuvres consensuelles, susceptibles de fédérer les téléspectateurs. A l'inverse, les plateformes de vidéo à la demande peuvent plus facilement répondre aux préférences individuelles de leurs abonnés, en ajoutant de la profondeur à leur catalogue.

Première plateforme de vidéo à la demande de dimension mondiale, Netflix s'est précisément construite sur la promesse de satisfaire les goûts même les plus minoritaires, à travers la diversification des œuvres proposées. Une telle stratégie commerciale, consistant à « *vendre moins mais à plus de monde* », était théorisée dès 2004 par l'Américain Chris Anderson⁸⁰ qui y voyait la clé du succès des grandes plateformes numériques et un facteur de diversité culturelle.

La mise à disposition d'œuvres de genres très variés, de films de niche, dont les droits d'exploitation sont d'ailleurs souvent peu onéreux, permet aux plateformes de vidéo à la demande de fidéliser plusieurs segments d'abonnés aux préférences individuelles très spécifiques. De fait, les œuvres visionnées sur les services de vidéo à la demande sont plus diverses que celles vues au cinéma : les 100 œuvres les plus regardées représentent ainsi 74 % des entrées en salle contre seulement 22 % du temps de visionnage sur les services de vidéo à la demande⁸¹. Par opposition à l'offre contrainte de programmes des diffuseurs télévisés, Netflix prétend ainsi proposer, d'après les mots de son chef de la production, Niel Hunt, « *48 millions de chaînes pour 48 millions d'abonnés* »⁸².

La stratégie d'acquisition des droits mondiaux sur les œuvres, poursuivie par les plateformes américaines de vidéo à la demande, leur permet de s'affranchir des contraintes liées à la territorialisation des droits d'exploitation. Ces plateformes ont ainsi créé un marché mondial du visionnage, mettant à disposition de leurs abonnés des œuvres audiovisuelles et cinématographiques du monde entier. Première production originale de Netflix au Brésil, la

⁸⁰ Chris Anderson, 2004, in *Wired*, « The long tail »

⁸¹ Christian Grece et Jean-Augustin Tran, décembre 2023, Observatoire européen de l'audiovisuel, « SVOD usage in the European Union »

⁸² *The Guardian*, 2014, Internet Week in New York.

série 3 % a par exemple réalisé la moitié de ses audiences en dehors de ce pays ; la série allemande *Dark* a été vue à 90 % en dehors de la zone germanophone traditionnelle (Allemagne, Autriche et Suisse)⁸³. Fondé sur un système d'apprentissage performant, l'algorithme de recommandation permet aux abonnés de ces plateformes de découvrir des œuvres étrangères, susceptibles de répondre à leurs préférences individuelles, vers lesquelles ils ne seraient sans doute pas spontanément tournés. Les plateformes de vidéo à la demande apportent, dans cette mesure, une contribution à l'objectif de diversité culturelle.

Les investissements de ces plateformes ont par ailleurs bénéficié en partie aux industries créatives locales. Les capacités financières importantes des SMAD ont pu permettre la production d'œuvres parfois risquées, que les diffuseurs historiques ne sont pas toujours à même d'assumer financièrement. Certains des producteurs et réalisateurs les plus reconnus ont par ailleurs souvent conclu des contrats d'exclusivité avec les plateformes de vidéo à la demande, leur garantissant d'importants moyens pour produire leur œuvre.

La production devenue quasi-industrielle d'œuvres audiovisuelles sur commande des plateformes a toutefois eu un effet contrasté sur la qualité et la diversité des contenus proposés.

Si la production locale est de nature à atténuer la critique de l'hégémonie américaine des contenus proposés par les plateformes de vidéo à la demande, **les équipes créatives américaines ont conservé un contrôle créatif sur les œuvres ainsi produites**, en particulier dans les pays ne prévoyant pas d'obligations d'investissement dans la production indépendante.

L'essentiel de ces œuvres dites « originales » est conçu de manière quasi-scientifique, sur la base des données remontées par de puissants algorithmes, afin de correspondre aux critères identifiés comme garants du succès d'une œuvre : acteurs à succès, durée d'un épisode, structuration de l'intrigue, équilibre entre scènes d'action et intrigue romantique, clôture de l'épisode sur un rebondissement (*cliffhanger*), etc. La première grande série produite par Netflix, *House of Cards*, est par exemple le fruit d'une fine analyse des pratiques audiovisuelles des abonnés de la plateforme : une proportion significative d'entre eux avait apprécié, d'une part, les films réalisés par David Fincher et d'autre part les films avec l'acteur Kevin Spacey ; la version britannique initiale de *House of Cards*, produite par la BBC dans les années 1990, avait par ailleurs réalisé de très bons scores d'audience. Netflix a donc racheté les droits de la série pour produire une nouvelle adaptation, avec David Fincher et Kevin Spacey, laquelle connaîtra le succès que l'on sait.

L'appui de ces outils algorithmiques peut certes constituer une assistance utile pour les équipes créatrices : force est d'ailleurs de constater que de nombreuses productions Netflix ont été récompensées⁸⁴. L'intégration, dès le stade de la production, de critères identifiés par l'algorithme comme facteurs de succès d'une œuvre favorise la standardisation des contenus. Par rapport aux diffuseurs traditionnels, cette tendance est d'autant plus forte que les contenus sont pensés pour un public international. **Les œuvres produites correspondent ainsi à une économie de la demande**, par opposition au cinéma d'auteur, reposant sur une logique de l'offre.

⁸³ Déclaration de Greg Peters, directeur de l'innovation produit chez Netflix, Web Summit, Lisbonne, novembre 2018.

⁸⁴ En 2021, *Mank* et *Le Blues de Ma Rainey*, produit par Netflix, remporte 7 Oscars ; en 2023, le film *A l'Ouest rien de nouveau* produit par Netflix remporte 4 Oscars (il devient le premier long-métrage en langue allemande nommé pour l'Oscar du meilleur film).

Dans une industrie très concurrentielle, à coûts fixes élevés, la production de contenus contraint désormais les plateformes à l'objectif de satisfaire une audience la plus large possible. Les abonnés de ces services sont en effet très demandeurs de contenus nouveaux : tandis que les films récents occupent seulement 1 % du catalogue de ces plateformes, ils représentent 25 % du temps de visionnage⁸⁵.

Les œuvres de production locale ont dès lors tendance à être soumises à un impératif d'uniformisation culturelle : commandées, pensées et suivies depuis les studios américains, le producteur exécutif local est le plus souvent tenu de respecter des standards esthétiques précis et un contenu prédéterminé, afin d'être assuré de plaire à une audience mondiale. Ces œuvres locales – au moins les plus ambitieuses d'entre elles – doivent dès lors être exemptes de tout particularisme national trop marqué, de toute empreinte culturelle susceptible d'entraver la compréhension ou la bonne réception de l'œuvre par un public étranger. A l'inverse, le succès local d'une série ne suffit pas à justifier la poursuite de sa production, l'audience ciblée étant internationale. La série *Drôle*, créée par Fanny Herrero, figurant durant quatre semaines dans le classement des dix séries Netflix les plus regardées en France, a par exemple été arrêtée en cours de contrat, en l'absence d'un tel succès dans le reste du monde. Répondant d'abord aux attentes d'une audience nationale, **les diffuseurs historiques, à l'inverse, n'intègrent pas a priori cette contrainte de standardisation globale.**

La concentration du secteur rend ces pratiques encore plus problématiques. Netflix, Prime Video et Disney + représentent ensemble 85 % du temps de visionnage à la demande dans les neuf pays européens analysés par l'Observatoire européen de l'audiovisuel (Danemark, Finlande, France, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Pologne, Espagne, Suède)⁸⁶. Devenus des prescripteurs de contenus, ces géants de l'audiovisuel sont soupçonnés de favoriser leurs propres productions via l'algorithme de recommandation. La stratégie d'exclusivité poursuivie par ces plateformes, rachetant les droits d'exploitation mondiaux et « pour l'éternité » pour les œuvres qu'elles produisent seules, tend par ailleurs à réserver la circulation des œuvres à un unique canal de diffusion par abonnement, sans marché d'exploitation secondaire sur les chaînes télévisées. Cette tendance générale n'est cependant pas exclusive de démarches partenariales qui s'incarnent notamment dans des préfinancements conjoints (« *Cœurs noirs* » ; « *Les papillons noirs* ») ou dans des accords *ad hoc* (un accord a ainsi été signé en 2023 entre Prime Video et TF1 pour diffuser des « originals » Prime Video sur les chaînes de TF1).

Le succès des plateformes de vidéo à la demande de niveau mondial, à la fois prescriptrices et productrices de contenus, disposant de moyens financiers considérables, **renforce donc la préoccupation de diversité culturelle.** Les œuvres audiovisuelles et cinématographiques participent à la formation des esprits, à façonner des représentations du monde. La représentation américaine de certaines périodes historiques ou de certains sujets de société n'est à l'évidence pas neutre. Le maintien en Europe de capacités indépendantes de création, de production et de distribution d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques apparaît à ce titre essentiel, notre continent ne pouvant se résoudre à devenir exclusivement une terre de tournage pour des œuvres conçues, pensées et pilotées depuis les Etats-Unis. Cette préoccupation de « souveraineté culturelle », tout au moins d'autonomie culturelle grâce au maintien de la diversité culturelle, est défendue de longue date par la France au niveau européen. Adoptées lors de la présidence française de l'Union, les conclusions du Conseil du 13 avril 2022 appellent ainsi à « *renforcer les actifs culturels stratégiques européens et leur autonomie stratégique afin*

⁸⁵ Les films récents sont définis comme ceux sortis en 2022 et 2023. Christian Grece et Jean-Augusti Tran, décembre 2023, Observatoire européen de l'audiovisuel, « SVOD usage in the European Union »

⁸⁶ Christian Grece et Jean-Augustin Tran, décembre 2023, Observatoire européen de l'audiovisuel, « SVOD usage in the European Union »

de garantir aux publics européens et mondiaux un accès effectif à la diversité des expressions culturelles en Europe ».

- B. D'une efficacité encore limitée, les outils mis en place par la directive SMA pour promouvoir la diversité culturelle dans les catalogues des SMAD gagneraient à être mieux adaptés aux évolutions du marché.

Prévue à l'article 13 de la directive SMA, l'obligation faite aux SMAD de mettre à disposition au moins 30 % d'œuvres européennes dans leurs catalogues vise à protéger la production culturelle européenne face à l'hégémonie des contenus américains.

Les données de visionnage des neufs publics européens⁸⁷ analysés par l'Observatoire européen de l'audiovisuel illustrent cette **prédominance des œuvres américaines** : alors que 41 % des films et 51 % des séries mis à disposition dans les catalogues européens sont américains, ces contenus représentent respectivement 60 % et 63 % de la durée de visionnage des abonnés. Si le public de l'ensemble de ces Etats membres « surconsomme » les contenus américains, l'écart est plus ou moins marqué selon les pays : la « surconsommation » des œuvres américaines est la plus importante en Allemagne (+ 24 % par rapport à leur représentation dans les catalogues), tandis qu'en Pologne la surreprésentation ne s'élève qu'à 11 %. Ces données masquent par ailleurs d'importantes variations selon le genre considéré : 81 % des dessins animés regardés sont américains alors qu'ils ne représentent « que » 53 % de l'offre des films d'animation ; à l'inverse, les téléspectateurs européens se tournent plus largement vers les documentaires européens, qui représentent 49,7 % du temps de visionnage (pour 55 % de l'offre il est vrai).

Les engagements importants pris par les SMAD en matière d'investissement dans la production locale conduisent déjà ces services à proposer davantage d'œuvres européennes que ne leur impose la directive SMA, soit 32 % d'œuvres européennes en septembre 2022⁸⁸. **Les œuvres européennes représentent seulement 30 % du temps de visionnage sur les plateformes**, avec une préférence marquée pour les contenus nationaux. S'agissant des œuvres audiovisuelles, le temps de visionnage consacré aux contenus européens (29 %) correspond approximativement à leur représentation dans les catalogues (33 %), tandis que les films européens sont sous-consommés (33 % de durée de visionnage pour 43 % du catalogue).

Malgré l'attrait certain des téléspectateurs pour les contenus américains, possiblement aggravé par l'algorithme de recommandation, **la logique selon laquelle « l'offre suscite la demande » semble se vérifier**, les abonnés de ces services de vidéo à la demande ayant accru leur consommation de contenus européens en ligne avec la part croissante réservée à ces contenus dans les catalogues.

Si le quota relativement peu élevé de 30 % d'œuvres européennes imposé aux plateformes de vidéo à la demande se justifiait en 2018, au regard de la nécessité d'assurer une montée en charge progressive de ces obligations, les investissements importants de ces plateformes dans les contenus européens permettent aujourd'hui d'**envisager un rehaussement sensible de ce quota**. Cette évolution permettrait de résorber l'asymétrie concurrentielle subie par les

⁸⁷ Danemark, Finlande, France, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Pologne, Espagne, Suède

⁸⁸ Christian Grece, décembre 2022, « Film and TV content in TVOD, SVOD et SFOD catalogues 2022 edition », Observatoire européen de l'audiovisuel.

diffuseurs historiques, à qui la directive SMA impose de réserver « *une proportion majoritaire* » de leur temps de diffusion aux œuvres européennes⁸⁹.

Proposition n° 1 : la prochaine révision de la directive SMA pourrait être l'occasion d'aligner les obligations de mise à disposition d'œuvres européennes dans les catalogues des SMAD établis dans (ou plutôt ciblant, cf. proposition n° 2) l'Union européenne sur les obligations de diffusion d'œuvres européennes applicables aux éditeurs de services télévisés ; la part d'œuvres européennes devant être mise à disposition dans les catalogues des SMAD pourrait ainsi être rehaussée à 50%.

Il n'est en revanche pas proposé d'instaurer un sous-quota réservé à la production indépendante au sein du quota de 30 % d'œuvres européennes mises à disposition par les SMAD dans leur catalogue.

En effet, si elle n'est pas illégitime, une telle proposition – en première analyse – n'apparaît pas constituer une priorité. D'une part, elle n'aurait sans doute pas d'effet notable en France pour le secteur de la production indépendante, compte tenu de l'obligation par ailleurs faite à ces SMAD étrangers visant la France de consacrer une part significative de leurs investissements dans la production européenne à la production indépendante (trois quarts en cinéma, deux tiers en audiovisuel). D'autre part, pour les pays qui ne placent pas la production indépendante au cœur de leur système de régulation, l'enjeu premier est plutôt de se doter d'une filière indépendante structurée – par exemple par l'instauration d'obligations d'investissement fléchées en ce sens – avant de réserver à ce type de production une exposition privilégiée.

L'application de la règle du pays d'origine concernant le quota de mise à disposition d'œuvres européennes génère d'importantes distorsions de concurrence entre services de médias à la demande et entrave la capacité des Etats membres à imposer une part d'œuvres d'expression originale d'une certaine langue dans les catalogues.

Plusieurs Etats membres ont fait le choix d'imposer aux SMAD établis sur leur territoire des obligations plus contraignantes que celles posées par la directive SMA s'agissant de la composition de leurs catalogues.

D'une part, **la France a fait le choix d'imposer aux SMAD établis sur son territoire de réserver 60 % de leur temps de diffusion à des œuvres européennes**, soit un quota nettement plus exigeant que le quota de base de 30 % fixé par la directive. La France est l'un des seuls Etats membres à être allée au-delà de ce plancher⁹⁰. De surcroît, en France, la définition de l'œuvre européenne à l'aune de laquelle le respect du quota de 60 % est plus exigeante que celle applicable aux œuvres mises à disposition du public français par les SMAD établis aux Pays-Bas ou en Allemagne.

⁸⁹ Article 16 de la directive SMA

⁹⁰ La Wallonie a mis en place un quota de 30 % avec un rehaussement graduel sur cinq ans, jusqu'à 40 %.

D'autre part, **huit Etats membres**⁹¹ imposent aux SMAD établis sur leur territoire de mettre à disposition, dans leur catalogue, une part d'œuvres indépendantes ou d'expression originale de leur langue nationale. C'est le cas notamment en Hongrie, où 10 % du quota d'œuvres européennes de 30 % mises à disposition dans les catalogues doit être consacré à des œuvres d'expression originale hongroise, au Portugal, où 15 % de ce quota doit être réservé à des œuvres indépendantes d'expression originale portugaise, en Espagne où 15 % de ce quota doit être réservé à des œuvres tournées dans l'une des langues officielles du pays, ou encore en Italie, où 50 % du quota d'œuvres européennes est réservé aux œuvres d'expression originale italienne⁹². Les plateformes établies en France, telles que Tfo Max ou myCANAL, doivent mettre à disposition de leurs abonnés au moins 60 % d'œuvres européennes et 40 % d'œuvres d'expression originale française⁹³. Ces obligations constituent, pour les services de vidéo à la demande concernés, une contrainte commerciale, le contenu français étant un peu moins consommé par les abonnés français que sa représentation dans les catalogues (différentiel de 6 points)⁹⁴.

En application de l'article 13 de la directive SMA, les fournisseurs de services de médias sont soumis, s'agissant de la mise à disposition d'œuvres européennes dans leurs catalogues, aux règles de leur **pays d'établissement**. Or, les principales plateformes de vidéo à la demande ont fait le choix de s'établir au Pays-Bas (Netflix, Disney +) ou en Allemagne (Amazon Prime Video), où les SMAD sont simplement soumis au respect d'un quota de 30 % d'œuvres européennes dans leurs catalogues. L'application de la règle du pays d'origine permet ainsi à ces plateformes de cibler tous les autres Etats membres de l'Union, **en bénéficiant de règles moins contraignantes**. Même en développant leurs plateformes de vidéo à la demande, les diffuseurs historiques établis dans les Etats membres ayant fixé des règles plus exigeantes ne peuvent ainsi lutter à armes égales contre la concurrence des SMAD établis dans des Etats de l'Union s'étant bornés à retenir le plancher imposé par la directive.

L'application de la règle du pays d'origine entrave ainsi l'objectif légitime poursuivi par de nombreux Etats membres de mettre en valeur les œuvres d'expression originale de leur langue nationale, et, dans le cas de la France, d'imposer une proportion plus importante d'œuvres européennes que le plancher fixé par la directive SMA.

La négociation d'une dérogation à la règle du pays d'origine serait certes complexe, notamment au regard des préoccupations probables de maintien du *statu quo* de la part des Etats accueillant d'importantes plateformes sur leur sol et des objections de celles-ci. Néanmoins, les sept autres Etats membres disposant de quotas visant à promouvoir les œuvres d'expression originale de la langue de leur pays devraient être favorables à une telle évolution. En Italie, la chambre des députés avait souhaité élargir la dérogation de l'application du pays d'origine⁹⁵. Le projet de décret présenté en avril 2021 par le Gouvernement⁹⁶ pour transposer la directive SMA imposait initialement, à l'ensemble des services ciblant le territoire italien, de réserver 50 % du quota de mise à disposition d'œuvres européennes à d'œuvres d'expression originale italienne émanant de producteurs indépendants. L'avis rendu par l'Autorité italienne de

⁹¹ Belgique, Espagne, France, Hongrie, Italie, Pologne, Portugal, Slovaquie

⁹² A. Lacourt, E. Munch, J. Radel-Cormann, AVMSDigest, Observatoire européen de l'audiovisuel, octobre 2023, « *The promotion of European works* »,

⁹³ Article 28 du décret SMAD n° 2021-793 du 22 juin 2021

⁹⁴ Christian Grece et Jean-Augustin Tran, Observatoire européen de l'audiovisuel, décembre 2023, « *SVOD usage in the European Union* »

⁹⁵ Camera dei deputati, *parere delle Commissioni riunite VII (Cultura, scienza e istruzione) e IX (Trasporti, poste e telecomunicazioni)*, 21 octobre 2021.

⁹⁶ Article 55(3) de l'Atto di Governo n. 288 - Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato

régulation des médias, l'AGCOM⁹⁷, et le Conseil d'Etat italien⁹⁸ ont néanmoins conduit à modifier cette disposition, la dérogation à l'application de la règle du pays d'origine n'étant pas autorisée s'agissant des obligations de mise à disposition d'œuvres européennes en l'état de la directive.

Proposition n° 2 : modifier l'article 13.1 de la directive SMA afin d'introduire une nouvelle dérogation à la règle du pays d'origine. Chaque Etat membre devrait pouvoir définir, dans le respect des quotas planchers fixés par la directive, la part d'œuvres européennes, et le cas échéant d'expression originale, devant être proposée par les SMAD ciblant leur territoire.

À la fois très large et complexe, la définition de l'œuvre européenne donnée par la directive Services de médias audiovisuels (SMA) pourrait être resserrée.

Les quotas d'investissement et de diffusion d'œuvres européennes font de **la définition de cette notion un enjeu majeur**, tant pour les diffuseurs historiques que les SMAD. Le caractère européen de l'œuvre oriente en effet les décisions des diffuseurs en termes de financement et d'acquisition des droits d'exploitation. Il n'est d'ailleurs pas rare que les contrats afférents intègrent une clause suspensive attachée au caractère européen de l'œuvre.

Au titre de **l'article 1. n) de la directive SMA** de 2010, répondent à la qualification d'œuvre européenne : « *i) les œuvres originaires d'Etats membres ; / ii) les œuvres originaires d'Etats tiers européennes parties à la convention européenne sur la télévision transfrontière du Conseil de l'Europe et répondant aux conditions visées au paragraphe 3 ; / iii) les œuvres coproduites dans le cadre d'accords concernant le secteur audiovisuel conclus entre l'Union et des pays tiers et répondant aux conditions définies dans chacun des accords*⁹⁹ ».

En premier lieu, le large périmètre géographique pris en compte pour la qualification d'œuvre européenne, incluant à la fois les Etats membres de l'Union et les Etats parties à la convention sur la télévision transfrontière du Conseil de l'Europe, fait l'objet de nombreuses critiques.

Sont susceptibles de recevoir la qualification d'œuvre européenne au sens de la directive SMA les œuvres issues des Etats parties à la Convention européenne sur la télévision transfrontière (CETT), dont **notamment la Suisse, le Royaume-Uni, l'Ukraine ou encore la Turquie**, dont les *soap opera* sont très appréciés à l'est de l'Europe.

L'inclusion du Royaume-Uni est particulièrement contestée par plusieurs organisations de producteurs européens, qui y voient le « cheval de Troie » des plateformes et studios américains et une incongruité par rapport à la logique du *Brexit*. Les coproductions américano-britanniques sont en effet nombreuses, permettant à des œuvres de commande des studios américains de recevoir la qualification d'œuvre européenne. En 2022, 13 des 20 films britanniques ayant généré le plus de recettes dans les salles de cinéma du Royaume-Uni étaient des coproductions américaines. Le *British film institute* estime lui-même qu'un tiers des films qualifiés de

⁹⁷ Autorita per le garanzie nelle comunicazioni, avis du 14 septembre 2021

⁹⁸ Consiglio di Stato, 21 septembre 2021, n° 00944/2021

⁹⁹ Par ailleurs, aux termes du paragraphe 3, article 1 de la directive : « 4. *Les œuvres qui ne sont pas des œuvres européennes au sens du paragraphe 1, point n), mais qui sont produites dans le cadre d'accords bilatéraux de coproduction conclus entre des Etats membres et des pays tiers, sont réputées être des œuvres européennes si les coproducteurs de l'Union participent majoritairement au coût total de production et que la production n'est pas contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis en dehors du territoire des Etats membres.* »

britanniques sont en réalité essentiellement américains¹⁰⁰. Répondraient ainsi à la qualification d'œuvre européenne des œuvres, pourtant très américaines dans leur esprit, telles que le film *Barbie*, dont le tournage a principalement eu lieu dans les studios de Warner Bros à Hertfordshire en Angleterre, en coproduction avec la société britannique Heyday Films.

Les diffuseurs, chaînes de télévision comme SMAD, soulignent à l'inverse l'importance de conserver les œuvres britanniques dans la définition de l'œuvre européenne. Ces œuvres, très appréciées du public, leur paraissent indispensables pour remplir leurs quotas de diffusion d'œuvres européennes. Les œuvres issues du Royaume-Uni occuperaient environ 11 % du catalogue des SMAD, soit un tiers du quota que la directive SMA impose de réserver aux œuvres européennes¹⁰¹. S'agissant des services établis en France, le quota élevé d'œuvres d'expression originale française (40 %), qui coexiste avec le quota d'œuvres européennes (60 %), limite l'accaparement du quota d'œuvres européennes par les œuvres issues du Royaume-Uni.

Dans un contexte de concurrence accrue entre les pays européens pour attirer les investissements étrangers dans le secteur audiovisuel, l'éligibilité des œuvres britanniques à la qualification d'œuvre européenne représente un enjeu économique majeur. Favorisé par la langue anglaise, le Royaume-Uni est devenu la première destination pour les investissements de services de media à la demande de dimension mondiale dans les productions « originales » européennes : en 2021, 30 % de ces investissements étaient captés par le Royaume-Uni, loin devant l'Espagne (20 %), la France (11 %), l'Allemagne (10,5 %) et l'Italie (6 %)¹⁰².

L'exclusion des seules œuvres issues du Royaume-Uni de la définition de l'œuvre européenne paraît toutefois improbable. Souvent avancé, l'argument du *Brexit* ne saurait être déterminant dans la mesure où la qualification d'œuvre européenne des œuvres britanniques ne résulte pas de l'appartenance passée du Royaume-Uni à l'Union européenne mais de sa qualité d'Etat partie à la Convention européenne sur la télévision transfrontière (CETT). Une disposition *ad hoc*, excluant le seul Royaume-Uni, paraissant inenvisageable, c'est l'ensemble des Etats parties à la CETT qu'il conviendrait le cas échéant d'exclure de la définition de l'œuvre européenne. Une telle hypothèse n'apparaît pas réaliste.

Quelles qu'en soient les modalités, **l'exclusion du Royaume-Uni de la définition de l'œuvre européenne n'est pas proposée**, dans la mesure où, dans un certain nombre de cas au moins, les contenus de ce pays, très appréciés du public, participent indéniablement au rayonnement de la culture et des valeurs européennes. Le renoncement à l'application de la règle du pays d'origine s'agissant de la composition des catalogues des SMAD (proposition n° 2), qui imposerait aux SMAD visant la France de mettre à disposition 40 % d'œuvres d'expression originale française d'une part, et le resserrement de la définition de l'œuvre européenne, proposé ci-après (proposition n° 3), qui exclurait les productions américaines artificiellement qualifiées d'euroennes via une production exécutive au Royaume-Uni d'autre part, sont par ailleurs de nature à résoudre l'essentiel de la difficulté liée à l'inclusion du Royaume-Uni dans la définition de l'œuvre européenne.

Le maintien du Royaume-Uni au sein de cette définition doit néanmoins s'accompagner de garanties de réciprocité et de concurrence équitable. La Commission européenne devra en particulier veiller à ce que le Royaume-Uni conserve des quotas de diffusion et de mise à

¹⁰⁰ BFI, *The UK Box Office, Full Year 2022*

¹⁰¹ Observatoire européen de l'audiovisuel, « Film and TV content in TVOD, SVOD and FOD catalogues, 2022 Edition », déc. 2022

¹⁰² G. Fontaine, septembre 2022, *Investments in original European content a 2011-2021 analysis*, Observatoire européen de l'audiovisuel.

disposition d'œuvres européennes de mêmes montants que ceux applicables aux diffuseurs relevant de la compétence des Etats membres de l'Union, ainsi qu'une même définition de l'œuvre européenne¹⁰³. Les huit dispositifs d'allégements fiscaux et les deux crédits d'impôts destinés aux entreprises des industries créatives mis en place au Royaume-Uni¹⁰⁴, très attractifs pour les productions étrangères, doivent par ailleurs faire l'objet d'une vigilance particulière, afin d'empêcher toute concurrence fiscale déloyale.

En second lieu, les critères de l'œuvre européenne donnés par la directive SMA permettent de rendre éligibles à cette qualification des œuvres produites en Europe par les plateformes américaines.

Outre le périmètre géographique, la directive SMA prévoit plusieurs critères de définition de l'œuvre européenne, tenant aux modalités de la production. Ces œuvres, qui sont réalisées essentiellement avec le concours d'auteurs et de travailleurs résidant dans un ou plusieurs des États visés, doivent répondre à l'une des trois conditions suivantes¹⁰⁵ : « i) elles sont réalisées par un ou des producteurs établis dans un ou plusieurs de ces États ; / ii) la production de ces œuvres est supervisée et effectivement contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis dans un ou plusieurs de ces États ; / iii) la contribution des coproducteurs de ces États est majoritaire dans le coût total de la coproduction, et celle-ci n'est pas contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis en dehors de ces États ».

Aux termes de ces dispositions, il n'est donc pas nécessaire que le producteur européen dispose du contrôle artistique et financier sur l'œuvre pour que celle-ci soit qualifiée d'europpéenne. Une œuvre commandée par un studio américain, et produite sur le territoire européen dans le cadre d'un contrat de production exécutive, répond à la définition de l'œuvre européenne. Cette possibilité paraît contraire à l'objectif de diversité culturelle et de promotion de la culture européenne poursuivi par l'obligation faite aux SMAD de réserver 30 % de leurs catalogues aux œuvres européennes et aux éditeurs de services télévisés de consacrer une proportion majoritaire de leur temps de diffusion à ces mêmes œuvres. Le contrôle créatif sur l'œuvre semble en effet devoir constituer un élément déterminant pour apprécier son caractère européen : le recours à un producteur exécutif européen, comme un simple prestataire de services, ne devrait pas entraîner à lui seul la qualité d'œuvre européenne.

Il est dès lors proposé de supprimer le critère i) de la définition de l'œuvre européenne donnée par la directive SMA, qui apparaît trop large. Une œuvre européenne devrait être réalisée avec des travailleurs établis en Europe et avec un producteur européen qui serait soit délégué, soit majoritaire en apport et en parts de coproduction. Une telle évolution résoudrait pour l'essentiel le problème britannique, en excluant de la définition les coproductions majoritaires et les productions déléguées américaines.

Cette proposition pourrait certes conduire à des exclusions sévères de la qualification de l'œuvre européenne : les films de la saga *Harry Potter*, ou encore la série *The Crown* n'auraient ainsi pas pu y prétendre. Tournées sur le territoire européen, avec des équipes créatives et des acteurs européens, sur la base d'une histoire européenne, ces œuvres peuvent difficilement être regardées comme américaines. Le caractère « attrape-tout » de la définition actuelle de l'œuvre européenne rend néanmoins une telle évolution normative souhaitable.

¹⁰³ A ce jour, le Royaume-Uni impose aux services de vidéo à la demande relevant de sa compétence un quota de 30 % d'œuvres européennes, définies par référence à la directive SMA. Source : OFCOM, 7 septembre 2022, On-demand program services guidance relating to European works.

¹⁰⁴ Site gov.uk « Creative industry tax reliefs for corporation tax » (2024).

¹⁰⁵ Paragraphe 3, article 1.n de la directive

Afin de garantir la sécurité juridique des diffuseurs, cette définition ne serait applicable qu'aux œuvres nouvellement créées. Les engagements financiers des diffuseurs sur les projets de production, dont le caractère européen constitue un paramètre important, sont en effet conclus plusieurs années en avance. Une entrée en vigueur différée devra dès lors être prévue, afin de garantir aux éditeurs de services soumis au respect de quotas contraignants une certaine sécurité juridique.

Une telle évolution risque naturellement de se heurter à de fortes objections, notamment américaine et britannique, mais aussi à l'opposition de plusieurs partenaires européens. En effet, certains Etats membres ont fait le choix d'ouvrir largement leur industrie audiovisuelle aux productions exécutives commandées par les sociétés américaines. En outre, le risque existe que les négociations européennes ne débouchent sur un compromis consistant à abaisser dans le même temps les quotas de diffusion ou de mise à disposition d'œuvres européennes : le gain marginal de ces évolutions normatives serait alors négligeable pour les producteurs français.

Proposition n° 3 : la France pourrait utilement défendre, pour les œuvres produites à l'avenir, la suppression du critère i) de définition de l'œuvre européenne donné par la directive SMA, qui permet à des œuvres réalisées par un ou des producteurs établis dans un ou plusieurs des Etats membres de l'Union ou parties à la CETT d'entrer dans la définition.

La suppression de ce critère permettrait d'exclure de la définition de l'œuvre européenne les œuvres dont seul le producteur exécutif est établi dans l'un de ces États.

Souvent suggéré par les producteurs auditionnés, l'ajout à la définition de l'œuvre européenne d'un critère impératif lié à la conservation par une société européenne des droits et mandats d'exploitation sur l'œuvre paraît plus difficile à envisager.

La mise en œuvre d'une telle proposition serait particulièrement complexe. L'ajout d'un critère lié à la détention des droits et mandats d'exploitation par une société européenne suppose en effet de définir une durée initiale de détention des droits sur l'œuvre par une société européenne. Sauf à créer une insécurité majeure pour les diffuseurs, le caractère européen de l'œuvre ne saurait en effet varier au gré des changements de propriétaires d'un catalogue.

Un critère de contrôle capitalistique devrait par ailleurs être introduit, afin d'exclure les grandes plateformes américaines de vidéo à la demande du dispositif. En effet, sauf à dévitaliser complètement cette proposition, le seul établissement de la société dans un Etat membre de l'Union ne saurait suffire pour répondre à la qualité de société européenne¹⁰⁶, les principales plateformes américaines de vidéo à la demande étant désormais établies sur le territoire de l'Union. Enfin, la grande majorité des Etats membres de l'Union, qui ne font pas de la détention durable des droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre un critère de la production

¹⁰⁶ Aux termes du 3. de l'article 2 de la directive, « Aux fins de la présente directive, un fournisseur de services de médias est considéré comme étant établi dans un Etat membre dans les cas suivants : a) le fournisseur de services de médias a son siège social dans cet Etat membre et les décisions éditoriales relatives aux services de médias audiovisuels sont prises dans cet Etat membre ».

indépendante, seraient certainement très réticents à une telle évolution, facteur en outre de complexité supplémentaire.

La critique de la définition actuelle de l'œuvre européenne tenant à l'absence de critère garantissant la détention de droits sur l'œuvre européenne par une société européenne n'apparaît en tout état de cause pas pleinement pertinente. Visant à promouvoir la diversité culturelle et à lutter contre l'hégémonie des œuvres américaines à la télévision comme sur les plateformes de vidéo à la demande, le quota de mise à disposition d'œuvres européennes n'a pas pour objet de protéger la propriété européenne des œuvres audiovisuelles et cinématographiques.

La nationalité ou le lieu de résidence de la personne, physique ou morale, titulaire des droits d'une œuvre ne semble pas devoir entrer en considération pour déterminer son caractère européen. Une œuvre audiovisuelle et cinématographique, créée en Europe, avec le concours d'artistes et de travailleurs européens et sous le contrôle artistique et financier d'un producteur européen, est bien le fruit d'un travail et d'une création européens. Une telle œuvre ne saurait être pénalisée en étant soustraite des quotas de diffusion des œuvres européennes, au seul motif que le détenteur des droits serait extra-européen. De la même manière, il serait difficilement concevable qu'un tableau d'Ingres, de Van Gogh ou de Picasso ne puisse être valorisé dans une exposition consacrée à la peinture européenne, au motif que son propriétaire est américain ou chinois...

Apprécier le caractère européen ou non de l'œuvre en fonction de la nationalité du titulaire de ses droits reviendrait en somme à remettre en cause la paternité et l'empreinte des auteurs et du producteur sur l'œuvre, lesquelles justifient au demeurant l'existence de droits moraux incessibles. Une telle évolution, contraire à l'objectif poursuivi par le quota prévu par la directive SMA, et par ailleurs susceptible de créer un effet désincitatif aux investissements étrangers, semble donc devoir être écartée.

Le caractère non-contraignant de la définition de l'œuvre européenne donnée par la directive SMA permet aux Etats membres d'adopter leurs propres critères d'appréciation, source de complexité supplémentaire.

La directive SMA réserve aux Etats membres la possibilité de retenir des critères complémentaires de définition de l'œuvre européenne s'agissant des fournisseurs de services de médias qui relèvent de leur compétence. Tous les Etats membres ont ainsi adopté une définition nationale de l'œuvre européenne, à l'exception des Pays-Bas, de la Suède et l'Allemagne.

En France, l'œuvre européenne est définie à l'article 6 du décret n° 90-66 du 17 janvier 1990. Pour être qualifiées d'européennes, les œuvres issues des Etats membres de l'Union et des Etats tiers européens parties à la convention européenne sur la télévision transfrontière doivent répondre à des conditions plus strictes que celles de la directive SMA. D'une part, la participation d'auteurs, artistes-interprètes, techniciens résidant dans ce périmètre géographique ne peut être inférieure à une proportion fixée par arrêté ministériel ; d'autre part, les œuvres doivent :

« a) Soit être produites par une entreprise dont le siège est situé dans un des Etats susmentionnés et dont le président, directeur ou gérant ainsi que la majorité des administrateurs sont ressortissants d'un de ces Etats, à la condition que cette entreprise supervise et contrôle effectivement la production de ces œuvres en prenant personnellement ou

en partageant solidairement l'initiative et la responsabilité financière, technique et artistique de la réalisation des œuvres considérées et en garantisse la bonne fin ;

b) Soit être financées majoritairement par les contributions de coproducteurs établis dans des Etats susmentionnés, à la condition que la coproduction ne soit pas contrôlée par un ou plusieurs producteurs établis en dehors de ces Etats ».

Le décret précise enfin que les entreprises et coproducteurs ne doivent pas être contrôlés, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, par un ou plusieurs producteurs établis en dehors de ces Etats. Autrement dit, les œuvres créées en France via des productions exécutives par une plateforme de vidéo à la demande disposant d'un siège social dans l'Union mais contrôlées par une société mère américaine sont insusceptibles d'obtenir la qualification d'œuvre européenne au sens du droit français.

La règle du pays d'origine étant applicable, l'Arcom n'est pas compétente pour s'assurer que les SMAD visant la France respectent le quota de mise à disposition de 30 % d'œuvres européennes dans les catalogues. Le *Commissariaat voor de Media* (CVDM) néerlandais est compétent pour la régulation des éditeurs de services Netflix et Disney +, tandis que la *Bayerische Landeszentrale für Neue Medien* allemande est compétente s'agissant d'Amazon Prime Video. Or, les Pays-Bas définissent l'œuvre européenne par simple référence à l'article 1^{er} de la directive SMA et l'Allemagne ne dispose pas de définition de l'œuvre européenne en droit national.

Le caractère européen de l'œuvre est donc susceptible de varier, selon que l'on recherche sa conformité aux obligations d'investissement, soumises à la règle du pays visé par l'éditeur de services, ou de diffusion, soumises à la règle du pays d'établissement. La détermination du caractère européen de l'œuvre est particulièrement difficile dans le cas de coproductions, notamment entre pays de l'UE et pays tiers. Une coproduction produite dans le cadre d'un accord bilatéral entre un Etat membre de l'Union européenne et un pays non membre peut par exemple être considérée comme une œuvre nationale dans l'Etat membre concerné, sans pour autant recevoir la qualification d'œuvre européenne au sens de la directive SMA ; une coproduction minoritaire d'un Etat membre de l'Union est en effet insusceptible d'être comptabilisée comme œuvre européenne pour l'application des quotas de diffusion de la directive SMA.

L'éligibilité au programme Media Invest de la Commission européenne répond par ailleurs à une autre grille d'évaluation pour apprécier la nationalité de l'œuvre : un système de points met en balance différents éléments, dont la nationalité du détenteur du contrôle créatif, des droits d'exploitation et la répartition des bénéfices. Enfin, la Convention européenne sur la coproduction cinématographique (CECC) du Conseil de l'Europe¹⁰⁷, qui a vocation à régir les coproductions multilatérales, met en place un autre système de points pour apprécier le caractère européen de l'œuvre, étant entendu qu'à titre dérogatoire, les autorités compétentes peuvent accorder le statut de coproduction à des œuvres dont le nombre de points est inférieur au barème mais qui reflètent « l'identité européenne ».

Au total, la coexistence d'une définition européenne, de 24 définitions nationales de l'œuvre européenne, ainsi que de dispositions issues du droit conventionnel s'agissant des coproductions multilatérales, constitue un élément de complexité majeure pour les diffuseurs. Les fournisseurs de services de médias auditionnés ont unanimement déploré cet enchevêtrement normatif.

¹⁰⁷ Convention du 2 octobre 1992, annexe II.

Une harmonisation renforcée de la définition de l'œuvre européenne serait théoriquement souhaitable, au moins au niveau de l'Union, afin de remédier à l'actuelle cacophonie en la matière. Les autorités pertinentes de chaque Etat membre pourraient ainsi délivrer une attestation du caractère européen de l'œuvre, selon des critères harmonisés. **Semblable harmonisation serait néanmoins à concilier avec la nécessité de conserver, en ces matières, une législation par directive, et non par règlement, afin de ne pas remettre en cause la possibilité aujourd'hui laissée à chaque Etat membre de mettre en place, sur son territoire, des politiques culturelles plus ambitieuses.**

Par ailleurs, l'application de la règle du pays visé par l'éditeur de services pour l'application des obligations de mise à disposition d'œuvres européennes (proposition n° 2) permettrait d'ores-et-déjà à l'Arcom de faire application de la définition française de l'œuvre européenne, plus restrictive, pour l'appréciation du respect de cette obligation.

2.2. Les pouvoirs publics peuvent encourager la circulation internationale des œuvres tout en veillant à favoriser le maintien sur le sol européen des droits de propriété intellectuelle.

A. La réglementation française encourage efficacement la circulation des œuvres, sur différents canaux de diffusion et à l'international.

Généralant des revenus d'exploitation au bénéfice de toute la chaîne de valeur et participant au rayonnement de la culture française à l'international, **la circulation des œuvres doit être recherchée.**

L'arrivée des plateformes de vidéo à la demande sur le marché a eu un effet contrasté sur la circulation des œuvres : si ces opérateurs mettent les œuvres qu'ils produisent à disposition de leurs abonnés dans le monde entier, ils se montrent peu enclins à accepter une diffusion secondaire sur des canaux de diffusion concurrents. Titulaires de tous les droits, les plateformes tendent en effet à conserver l'exclusivité de leurs œuvres dites « originales ». Le visionnage de ces œuvres, à la création desquelles le contribuable français est susceptible d'avoir participé financièrement, est ainsi réservé aux seuls abonnés d'un service payant. La possibilité pour un téléspectateur de chaîne gratuite d'y avoir un jour accès est réduite, voire inexistante.

L'émergence d'accords entre chaînes de télévision et services de vidéo à la demande au stade du préfinancement tend aujourd'hui à atténuer ces pratiques de rétention des droits d'exploitation, tout en permettant aux productions de réunir des budgets élevés. En 2019, pour la première fois, Netflix s'est ainsi associé avec des diffuseurs, TF1 Productions et la RTBF, pour co-financer une série historique, *Le Bazar de la charité*. Netflix a obtenu l'exclusivité des droits mondiaux d'exploitation pour quatre ans, après la diffusion de la série sur TF1. Netflix s'est également associé à Arte France pour cofinancer la mini-série *Les Papillons noirs*. De même, Amazon Prime Video a cofinancé la série *Cœurs noirs* avec France Télévisions ou encore la série *ABC Murders* avec la BBC. Pour cette dernière, les droits de mise à disposition en vidéo à la demande n'ont pas été cédés à Amazon sur le territoire britannique. Ces accords permettent ainsi aux parties prenantes de négocier un partage des droits et des fenêtres de diffusion, en fonction de leurs apports financiers respectifs.

En France, la chronologie des médias encadre l'exploitation dans le temps des œuvres cinématographiques sur chaque canal de diffusion. Les SMAD par abonnement ne peuvent ainsi exploiter les œuvres soumises à la chronologie qu'à partir 17 mois après leur sortie en salle, ou 15 mois si le SMAD a conclu un accord avec les organisations du cinéma. L'exploitation exclusive de l'œuvre par ces plateformes doit par ailleurs cesser au bout de 22 mois, afin de permettre aux chaînes gratuites de diffuser le film, ou laisser place à une co-exploitation de l'œuvre.

Les œuvres audiovisuelles et cinématographiques font par ailleurs l'objet d'un régime spécifique de protection, qui garantit leur exploitation suivie, favorisant ainsi leur circulation. Le législateur européen a introduit à l'article 22 de la directive droit d'auteur un **droit de révocation, au bénéfice des auteurs et artistes interprètes en cas de non-exploitation** de l'œuvre dont ils ont transféré les droits. Ce mécanisme de révocation, qui n'est pas d'ordre public, ne peut être enclenché par l'auteur qu'à l'issue d'un délai raisonnable après la conclusion du contrat. L'auteur informe la personne à qui les droits ont été octroyés sous licence ou transférés et fixe un délai approprié à l'échéance duquel l'exploitation des droits doit avoir lieu. À l'expiration de ce délai, l'auteur ou l'artiste interprète ou exécutant peut choisir de mettre fin à l'exclusivité du contrat plutôt que de révoquer la licence ou le transfert des droits.

Le cadre juridique français est plus protecteur. L'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle, issu de la loi du 7 juillet 2016, impose en effet au producteur une obligation d'exploitation suivie des œuvres audiovisuelles et cinématographiques dont il détient les droits de propriété intellectuelle. Les obligations fixées concernent les œuvres françaises, audiovisuelles ou cinématographiques, pour lesquelles un contrat de production audiovisuelle est régi par le droit français¹⁰⁸. Pour l'application de ces dispositions, on entend par œuvres françaises celles dont le producteur délégué est français et dont la majorité du financement provient de personnes physiques ou morales françaises. Un double objectif est poursuivi : l'accessibilité des œuvres et la rémunération de toute la chaîne des ayants droit.

L'accord professionnel du 3 octobre 2016, rendu obligatoire par arrêté du 7 octobre 2016, définit les garanties de l'exploitation suivie des œuvres. Aux termes de cet accord, les entreprises de production, ainsi que les entreprises cessionnaires ou mandataires de droits d'exploitation d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles, doivent déployer leurs « *meilleurs efforts* » pour permettre à l'œuvre d'être exploitée en France et à l'étranger. Tenu à une obligation de moyens, le producteur peut démontrer que l'absence d'exploitation est due à l'opposition du titulaire des droits, à l'absence de demande pour l'œuvre malgré des démarches du producteur auprès des distributeurs et des diffuseurs pour lui trouver un public, ou même au manque de rentabilité d'une telle exploitation. L'accord impose par ailleurs au producteur, conformément à l'article L. 132-28 du code de la propriété intellectuelle, de **fournir au moins une fois par an à l'auteur un état des recettes provenant de l'exploitation de l'œuvre** selon chaque mode d'exploitation. À la demande écrite de l'auteur, le producteur fournit les informations relatives aux efforts qu'il a engagés et aux éventuels motifs qui l'empêchent de remplir son obligation de recherche d'exploitation suivie des œuvres. Si le bénéficiaire de cette obligation d'exploitation suivie entend en contester la bonne exécution, il est d'abord tenu de recourir à la médiation, qui peut notamment aboutir à ce qu'il reprenne lui-même l'exploitation par un mandat du producteur. En cas d'échec de la médiation, il peut naturellement saisir les juridictions compétentes afin d'obtenir l'indemnisation du préjudice causé par la carence du producteur.

¹⁰⁸ I. de l'accord du 3 octobre 2016 sur l'obligation de recherche d'exploitation suivie relative aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles

Les fortes protections de la production indépendante constituent par ailleurs un remède utile au risque de rétention des œuvres.

La critique du modèle français, consistant à voir dans l'impossibilité faite aux diffuseurs d'acquiescer les droits sur les œuvres une entrave à la circulation internationale de celles-ci, paraît ainsi largement infondée. Les producteurs indépendants ont en effet un intérêt économique à commercialiser des droits de diffusion, à la fois dans le temps et dans l'espace, là où les diffuseurs peuvent avoir un intérêt commercial à préserver leur exclusivité sur les œuvres. Auditionné par la commission d'enquête du Sénat¹⁰⁹, le président de la société indépendante Federation Entertainment, Pascal Breton, indiquait ainsi que, depuis cinq ans, l'ensemble des séries françaises exportées par Studio Canal, soit une cinquantaine de séries, a généré des recettes inférieures à celles perçues par sa société grâce à la commercialisation internationale des droits d'exploitation de la série *Le bureau des légendes*.

Les diffuseurs historiques détenant d'importants catalogues d'œuvres et d'implantations à l'étranger peuvent certes développer de solides canaux de distribution internationaux. Avantagee aussi par la domination mondiale de la langue anglaise, la BBC est en mesure de vendre ses programmes emblématiques sur le marché international et d'en tirer des revenus significatifs. La concentration du marché international des diffuseurs a renforcé leur capacité à exporter leurs œuvres à l'international. Le plus grand service de télévision payante britannique, Sky TV, a par exemple été acquis par le groupe américain Comcast en 2018. En Allemagne, la réorganisation des sociétés de production et de diffusion poursuit également un objectif de développement international : les sociétés de production Tele München Gruppe et Wiedemann & Berg se sont ainsi regroupées en 2019 pour créer la Leonine Holding ; le MMC Group a racheté en 2021 la société de post-production Magic Eye. Toutefois, cette concentration croissante du secteur audiovisuel est souvent analysée par les observateurs allemands¹¹⁰ comme une menace pour les producteurs indépendants, perçus comme garants de la créativité et la qualité des contenus, et par suite de leur succès à l'international.

Le secteur audiovisuel français s'est également restructuré ces dernières années, afin de renforcer son développement international. La fragmentation du secteur doit être nuancée. Si le nombre d'entreprises du secteur a plus que triplé en vingt ans, passant de 1 425 en 2000 à 5 522 en 2021, cette dynamique s'explique par la pratique fréquente de création de société pour porter un projet spécifique. Les entreprises les plus anciennes et les plus importantes réalisent en réalité l'essentiel du chiffre d'affaires du secteur : les entreprises de production de plus de 10 ans réalisent environ 65 % du chiffre d'affaires total et les entreprises de plus de 10 salariés permanents ont réalisé 58 % du chiffre d'affaires du secteur en 2018¹¹¹.

Le paysage français de la production indépendante dispose aujourd'hui de puissants groupes, résolument tournés vers l'international. Afin de ne pas devoir recourir aux services d'un distributeur international de programmes, dont les commissions s'élèvent autour de 30 % à 35 % du prix de la vente¹¹², les principaux groupes ont fait le choix de développer en interne (Banijay, Mediawan, Federation) ou d'acquiescer leur propre activité de distribution. Premier studio européen indépendant de contenus audiovisuels, le groupe Mediawan a ainsi racheté Lagardère Studios en 2020, afin d'accroître sa présence en Europe avec les Pays-Bas (Skyhigh

¹⁰⁹ Sénat, 31 janvier 2022, commission d'enquête sur la concentration dans les médias.

¹¹⁰ Goldmedia gmbh strategy consulting, 17 mai 2022, Report on the impact of the development of the platform economy on audiovisual productions in Germany against the background of a possible investment obligation

¹¹¹ Arcom, avril 2023, étude sur le tissu économique du secteur de la production audiovisuelle, 7^{ème} édition

¹¹² Arcom, avril 2022, étude sur le tissu économique du secteur de la production audiovisuelle, 6^{ème} édition

TV) et la Finlande (Aito Media), mais aussi en Afrique (Keewu). Banijay, premier groupe mondial de production indépendante, dispose quant à lui d'implantations dans 21 pays étrangers, notamment aux Etats-Unis, en Australie, en Inde, au Mexique, en Israël et au Brésil.

Les œuvres françaises, notamment indépendantes, connaissent un réel succès à l'international, sur l'ensemble des supports de diffusion.

En 2022, les ventes de programmes audiovisuels français s'élèvent au niveau encore jamais atteint de 214,8 M€, soit une hausse de 15,4 % par rapport à 2021 et de 4,7 % par rapport à 2017, précédent record. Le chiffre d'affaires issu de l'exploitation des programmes français sur les plateformes de vidéo à la demande à l'étranger représente 43 % des recettes d'exportation en 2022, en forte hausse par rapport à l'année précédente (33,5 %). Les Etats-Unis constituent désormais le premier marché d'exportation des œuvres audiovisuelles françaises, à hauteur de 19 M€ en 2022, devant l'Allemagne et l'Autriche (14,2 M€) et la Grande-Bretagne et l'Irlande (14,1 M€)¹¹³. Les œuvres de fiction atteignent leur niveau historique d'export, avec 81 M€ de ventes, soit une hausse de 41 % par rapport à 2021.

En fiction comme en animation, **les plus grands succès à l'international sont des œuvres indépendantes, dont les mandats d'exploitation sont contrôlés par les producteurs** : la série *Le bureau des légendes* coproduite par Federation Entertainment et classée en 2019 par le *New York Times* en troisième position dans le classement des 30 meilleures séries internationale de la décennie, a par exemple été exportée dans plus de 112 pays¹¹⁴. La série policière produite pour TF1, *HPI*, a été visionnée plus de 280 millions de fois, dans plus de 105 pays¹¹⁵ ; des adaptations sont diffusées en République tchèque et en Slovaquie et le groupe audiovisuel américain ABC en a acquis en septembre 2022 les droits d'adaptation. Plus récemment, avec 2,7 millions de vues durant ses trois premiers jours d'exploitation début mars 2024, la série française *Furies* était la première série non-anglophone et à la sixième place des contenus les plus consommés sur Netflix au niveau mondial.

Traditionnellement premier genre à l'export, les ventes d'animation s'établissent à 57,6 M€ en 2022, en recul par rapport à 2021 (- 5,3 %). La France bénéficie de studios de production créatifs et de talents reconnus à l'international. **Les œuvres françaises d'animation connaissent un succès dans le monde entier** (*Molang*, *Oggy et les cafards*, *Zig & Sharko*, *Miraculous* ou plus récemment *Mush-mush et les champotes*, *Edmond et Lucy*, *Culottées*), faisant de la France le troisième producteur au monde d'animation, après les Etats-Unis et le Japon.

Le cinéma français rencontre également un succès notable à l'international. En 2019, si 44 % des billets de cinéma achetés dans le monde pour aller voir une œuvre européenne étaient consacrés à un film britannique, les films français arrivent en deuxième position à 18 %, loin devant les films allemands (6 %) et espagnols (6 %)¹¹⁶. En 2021, les 20 films français ayant fait le plus d'entrées à l'international sont des œuvres indépendantes¹¹⁷.

En septembre 2022, les films français¹¹⁸ étaient également les œuvres européennes les mieux représentées sur la télévision à la demande (27 % des titres de l'UE) et les services de vidéo à la demande par abonnement (25 %), loin devant les films italiens (16 %), allemands (14 %) et

¹¹³ Source : Unifrance, CNC

¹¹⁴ Laure Croiset, 9 avril 2020, in *Challenges*, « Pourquoi le monde entier s'arrache la série *Le bureau des légendes* »

¹¹⁵ Source : TF1, rapport d'activité 2023

¹¹⁶ Observatoire européen de l'audiovisuel, 2019.

¹¹⁷ Source : CNC, Unifrance

¹¹⁸ Défini comme tous les films de fiction, documentaires et contenus disponibles dans la section films des télévisions et services de vidéo à la demande analysés.

espagnols (11 %) ¹¹⁹. La France est également l'Etat membre de l'Union européenne dont les séries télévisées sont les mieux représentées sur les services de vidéo à la demande étrangers (24 % des œuvres de l'UE), devant l'Espagne (19 %), pourtant devenue une terre privilégiée de tournage pour les studios des plateformes américaines de vidéo à la demande, l'Allemagne (16 %) et l'Italie (9 %).

En septembre 2022, les œuvres françaises étaient les plus exploitées de toute l'Union sur les services de vidéo à la demande, à la fois en volume d'œuvres et en nombre de pays ciblés :

- s'agissant des films, 4 506 titres français étaient disponibles en moyenne dans le catalogue des services de vidéo à la demande de 8,2 pays, loin devant les œuvres italiennes (1 871 films dans 7,4 pays), espagnoles (2 491 films dans 6,9 pays) et allemandes (3 158 œuvres dans 5,4 pays) ¹²⁰ ;
- s'agissant des œuvres audiovisuelles, 750 titres français étaient disponibles en moyenne dans les catalogues des services de vidéo à la demande de 6,5 pays, devant les œuvres allemandes (665 œuvres dans 5 pays), espagnoles (380 œuvres dans 10,6 pays) et italiennes (179 œuvres dans 10,7 pays).

Ainsi, loin de constituer une entrave à la circulation des droits d'exploitation, **la détention des œuvres par des sociétés indépendantes apparait au contraire corrélée avec une forte exploitation internationale des œuvres**. La protection du secteur indépendant participe par ailleurs à la créativité et la qualité des contenus, dans un contexte de forte concurrence des diffuseurs internationaux pour l'acquisition de ce type d'œuvres.

La circulation des œuvres doit s'accompagner d'une plus grande transparence des diffuseurs sur leur exploitation, au bénéfice des producteurs.

La mesure de l'audience de leurs œuvres constitue une information essentielle pour les producteurs audiovisuels et cinématographiques. Dans une industrie très concurrentielle, où les coûts de production sont élevés, les données de visionnage des œuvres leur permettent d'objectiver leur apport à un projet et de négocier de manière éclairée de futurs contrats, en définissant un partage équitable de la valeur.

S'agissant des œuvres cinématographiques, les résultats d'exploitation de films dans les établissements cinématographiques sont communiqués sur demande par le service de la diffusion du CNC aux ayants droit. Pour les services télévisés, Mediamétrie certifie les audiences des programmes télévisés, quel que soit le support de visionnage (télévision, téléphone mobile, tablette et ordinateur).

L'article L. 131-5-1 du code de la propriété intellectuelle impose au cessionnaire des droits d'auteur d'adresser ou de mettre à disposition de l'auteur, par un procédé électronique, au moins une fois par an, des informations sur les revenus générés par l'exploitation de l'œuvre, en distinguant les différents modes d'exploitation et la rémunération due pour chaque mode d'exploitation ¹²¹. Les conventions signées par l'Arcom avec les trois principales plateformes de vidéo à la demande ¹²² prévoient que l'éditeur de services s'engage à fournir aux sociétés de gestion collective représentant les auteurs et régies par le droit français les données

¹¹⁹ Christian Grece, décembre 2022, « Film and TV content in TVOD, SVOD et SFOD catalogues 2022 edition », Observatoire européen de l'audiovisuel.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Pour le cinéma et l'audiovisuel, le code de la propriété intellectuelle renvoie au dispositif de transparence prévu par le code de la propriété intellectuelle qui prévoit la transmission aux auteurs des comptes d'exploitation.

¹²² Article 3 de la convention entre le CSA et Netflix du 9 décembre 2021 ; article 3 de la convention entre le CSA et Amazon Prime Video du 9 décembre 2021 ; article 3 de la convention entre le CSA et The Walt Disney Company Benelux du 9 décembre 2021

d'exploitation « *selon une périodicité adaptée à la répartition des droits* ». Les données d'exploitation sont entendues comme le nombre d'actes de téléchargement, de consultation ou de visualisation, notamment en nombre de vues (*stream*) ou commandes d'œuvres. Pour l'éditeur, une vue correspond à un contact d'un usager avec l'œuvre pour une durée au moins égale à deux minutes.

À ce jour, d'après les représentants des producteurs auditionnés, les plateformes de vidéo à la demande refuseraient de leur communiquer ces informations. Malgré leurs revendications de longue date, **les producteurs sont ainsi maintenus dans une situation d'asymétrie d'information** pour la négociation de futurs contrats. Dans un environnement très concurrentiel, les plateformes de vidéo à la demande, qui orientent largement leurs décisions d'investissement dans la production sur la base de ces données de visionnage, opposent le secret des affaires, alors même que ces données sont transmises aux organisations de gestion collective. Ted Sarandos, co-président exécutif de Netflix, a lui-même admis que les données de visionnage de son entreprise étaient « *une grosse boîte noire* »¹²³. Quelques timides avancées ont été consenties : depuis 2021, Netflix publie un classement quotidien des dix œuvres les plus regardées par pays ; depuis décembre 2023, la plateforme publie, deux fois par an, le nombre d'heures regardées pour chaque œuvre dépassant le seuil de 50 000 heures de vue, soit environ 18 000 titres. Toutefois, les données communiquées sont une agrégation mondiale et ne permettent pas de connaître, pays par pays, le nombre de visualisations pour chaque œuvre.

Si la publication par les SMAD de mesures de l'audience des œuvres proposées dans leur catalogue n'apparaît pas indispensable, **il en va différemment de leur communication aux sociétés de production ayant contribué à l'œuvre**. Cette communication pourrait le cas échéant être assortie d'une clause interdisant toute divulgation publique des informations. L'émergence de services de vidéo à la demande par abonnement à prix réduit, fondés sur la publicité, conduit déjà les plateformes à devoir communiquer les données de visualisation aux annonceurs.

Proposition n° 4 : défendre, à l'occasion de la prochaine révision de la directive SMA, l'obligation pour les SMAD de communiquer gratuitement, à une fréquence *a minima* annuelle, aux sociétés de production l'audience par pays des œuvres qu'elles ont produites.

- B. La préoccupation croissante de « souveraineté culturelle » justifie qu'une attention soit portée au maintien en Europe de la détention des droits de propriété intellectuelle des œuvres audiovisuelles et cinématographiques.

Plusieurs raisons conduisent à rechercher le maintien en Europe de la détention des catalogues.

La fuite d'un catalogue d'œuvres à l'étranger est en premier lieu **susceptible de priver le public français d'accès à l'œuvre**, alors même que celle-ci a pu bénéficier du soutien financier du contribuable français pour sa création. Des acquéreurs extra-européens pourraient avoir un intérêt, économique voire idéologique, à geler l'exploitation de certains films. Les catalogues

¹²³ Code 2021 conference in Beverly Hills, 27 septembre.

rachetés courent à tout le moins le risque d'un « démembrement », seules les œuvres commercialement porteuses faisant l'objet d'une exploitation.

En deuxième lieu, le rachat d'un catalogue par une société basée sur un territoire extra-européen **complexifie la capacité des ayants droit à faire valoir leurs intérêts patrimoniaux et moraux** sur les œuvres. La SACD a certes développé des relations bilatérales avec les sociétés d'auteurs étrangères, au travers d'accords de réciprocité, permettant le reversement des droits d'auteur ; certaines conventions internationales garantissent ainsi aux auteurs français les mêmes droits à rémunération qu'aux auteurs locaux. Toutefois, certains marchés importants ne sont pas couverts par de tels accords¹²⁴, si bien que le maintien des droits sur l'œuvre en Europe constitue pour la chaîne des ayants droit la meilleure assurance de percevoir une rémunération proportionnée à l'exploitation de son œuvre.

La conservation à l'étranger des supports techniques des œuvres comporte enfin le risque d'une altération. En France, conformément à l'accord du 3 octobre 2016, le producteur est tenu de conserver « en bon état » les éléments ayant servi à la réalisation de l'œuvre et doit assurer leur mise aux normes techniques, en tenant compte des usages du marché et des évolutions technologiques. A l'inverse, des œuvres, considérées comme mineures par leur acquéreur, conservées dans des espaces de stockage dépourvus des mêmes protections que sur le territoire national, pourraient être définitivement altérées.

La problématique du maintien des catalogues sur le territoire national se pose de manière particulièrement marquée en France¹²⁵.

Dans notre pays, la détention des catalogues par des sociétés de production indépendantes, dans un marché très éclaté, les rend vulnérables à des acquisitions extra-européennes. L'entretien d'un catalogue est en effet coûteux, supposant d'importants frais de stockage, de restauration ou de numérisation. Pour prospérer à l'international, le détenteur du catalogue doit par ailleurs engager des frais de doublage ou de sous-titrage. Les changements de propriétaires de catalogues sont par conséquent relativement fréquents : le catalogue Roissy film, composé de plus de 300 titres (dont notamment *Les Ripoux* ou *Les vieux de la vieille*) a par exemple été successivement acquis par EuropaCorp en 2008 puis Gaumont en 2019.

En difficulté financière, des entreprises de production pourraient se voir contraintes de céder une partie de leur catalogue au bénéfice de personnes physiques ou morales qui, n'ayant pas la qualité de producteurs, ne seraient pas soumises à l'obligation d'exploitation suivie prévue par l'accord du 30 octobre 2016¹²⁶, par exemple un investisseur étranger. De nombreuses petites et moyennes entreprises disposent d'un fonds de catalogue, qui constitue l'essentiel de leur valeur

¹²⁴ Par exemple, s'agissant des œuvres audiovisuelles, parmi les Etats non membres de l'Union européenne, la SACD ne dispose d'accords avec ses homologues locaux qu'en Algérie, en Argentine, en Australie, au Canada (francophone), au Japon, au Mexique, en Norvège et en Suisse.

¹²⁵ L'enjeu est sans doute moindre dans les pays laissant plus de possibilités aux diffuseurs nationaux de produire en interne les œuvres et de détenir les catalogues. Détenus par des éditeurs nationaux de services télévisés, puissants et intégrés, qui disposent de leurs propres canaux de distribution, les catalogues sont ainsi moins susceptibles de faire l'objet de cessions à des opérateurs étrangers. Au Royaume-Uni, la BBC produit ainsi 75 % de ses programmes en interne¹²⁵, contre 17,5 % seulement pour France Télévisions. Concernant les 25 % d'œuvres coproduites avec des producteurs indépendants, la BBC dispose par ailleurs de parts de coproduction dans ces œuvres à hauteur de 30 à 40 %. BBC studios, filiale de la BBC, produit et vend ses programmes à différents diffuseurs, dont les chaînes de la BBC. En conséquence, 75 % des revenus de la BBC proviennent des droits détenus sur son catalogue d'œuvres, dont 40 % pour la seule distribution. Cette organisation intégrée permet ainsi à la chaîne de conserver les droits sur les œuvres, d'enrichir son catalogue et de vendre l'exploitation des droits à l'étranger.

¹²⁶ L'arrêté du 7 octobre 2016 rend les stipulations de l'accord du 30 octobre 2016 obligatoires à « toute entreprise de production d'œuvres cinématographiques, toute entreprise de production d'œuvres audiovisuelles ainsi que toute entreprise cessionnaire ou mandataire de droits d'exploitation d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles » (art. 1). Le simple changement de contrôle, direct ou indirect, d'un opérateur relevant du champ de l'arrêté est insusceptible de le soustraire à ces obligations.

économique et artistique. Des entreprises disposant d'importants catalogues d'œuvres cinématographiques françaises, par exemple Vivendi, société mère de Canal + donc de Studio Canal, ou encore Pathé ou Gaumont¹²⁷, pourraient, à l'occasion de changement de direction, procéder à des restructurations et des cessions massives de catalogues.

La forte demande de contenus conduit des groupes étrangers à manifester un intérêt pour le rachat de catalogues français : en 2018, plusieurs articles de presse relayaient l'intention de Netflix et du groupe canadien de production audiovisuelle Lionsgate pour racheter le catalogue d'EuropaCorp. L'entrée du chinois Fundamental Fims au capital d'EuropaCorp témoigne aussi de l'intérêt des groupes étrangers pour l'industrie cinématographique française.

Pour la protection du « stock » d'œuvres, le législateur français a créé en 2021 un mécanisme visant à assurer l'exploitation suivie des catalogues en cas de cession à toute personne non soumise aux obligations de l'accord du 3 octobre 2016.

L'article 36 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne autorise la mise en place d'un régime de protection des biens culturels, en prévoyant que les dispositions applicables en matière de libre circulation des marchandises ne fassent pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation et d'exportation justifiées par des raisons de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique. En droit national, le régime juridique encadrant la protection des biens culturels et des actifs stratégiques ne permettait alors pas de couvrir de manière satisfaisante les catalogues d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles : les restrictions à la sortie du territoire prévues par le code du patrimoine ne concernent que les éléments corporels des œuvres et sont insusceptibles de protéger leurs droits d'exploitation.

La loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 a introduit dans le code du cinéma et de l'image animée un dispositif visant à garantir l'exploitation suivie des œuvres audiovisuelles et cinématographiques relevant du patrimoine culturel français, en cas de cession à des personnes non soumises à l'obligation prévue à l'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle.

Aux termes du **nouvel article L. 261-1 du code du cinéma et de l'image animée**, « *toute cession, par un producteur soumis à l'obligation de recherche d'exploitation suivie prévue à l'article L. 132-27 du CPI, d'une ou de plusieurs œuvres cinématographiques ou audiovisuelles entrant dans le champ d'application de l'accord prévu au même article L. 132-27, à une personne non soumise audit article et n'ayant pas la qualité de coproducteur de l'œuvre ou des œuvres concernées, ou toute autre opération d'effet équivalent à une cession quant au droit d'exploiter les œuvres, doit faire l'objet d'une notification au ministre chargé de la culture avant sa réalisation* ». L'opération est suspendue durant le temps de la procédure d'examen, qui peut durer jusqu'à six mois à compter de la notification. Ces délais permettent au ministre chargé de la culture de s'assurer que l'acheteur est en mesure de rechercher l'exploitation suivie des œuvres cédées dans des conditions équivalentes à celles résultant de l'application de l'accord prévu à l'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle. À l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la notification, si le ministre chargé de la culture estime que l'intéressé n'est pas en mesure de satisfaire à l'objectif d'exploitation suivie, il soumet l'opération à une commission administrative. La commission, dite de protection de l'accès aux œuvres, se prononce, au terme d'une procédure d'instruction contradictoire, dans un délai de trois mois. Elle peut imposer au bénéficiaire de l'opération « *les obligations qu'elle estime appropriées pour rechercher l'exploitation suivie de tout ou partie des œuvres cédées au regard*

¹²⁷ Le catalogue de Gaumont contient 1500 œuvres (source : CR de l'AG mixte du 11 mai 2023)

des moyens humains, techniques, matériels et financiers dont il dispose, dans des conditions équivalentes à celles résultant de l'application de l'accord prévu à l'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle ».

Contrairement aux œuvres d'art, **aucun mécanisme de préemption n'est prévu et ni le ministre ni la commission n'a le pouvoir d'interdire l'opération de cession.** La procédure ne peut avoir pour effet d'empêcher la cession mais simplement de la retarder, afin de rechercher les modalités d'une continuité dans le mode d'exploitation des œuvres par le cessionnaire. Les ayants droit disposent ainsi, le cas échéant, de la possibilité de contester le non-respect de ces obligations. Dans son avis public rendu sur le projet de loi relatif à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'heure numérique, le Conseil d'État a estimé que le dispositif ainsi créé ne met pas davantage d'obligations à la charge du nouveau détenteur des œuvres que celles résultant de l'obligation de moyens pesant sur le producteur qui les cède. L'atteinte aux droits du cessionnaire est donc *« proportionnée à l'objectif d'intérêt général qui s'attache à la mise en valeur des œuvres cinématographiques et audiovisuelles françaises, notamment lorsqu'elles ont fait l'objet d'un soutien public à leur création »*¹²⁸.

Ce mécanisme de protection des catalogues d'œuvres, encore récent, peut à ce stade difficilement faire l'objet d'une évaluation. La circonstance que, trois ans après l'adoption de la loi, la commission de protection de l'accès aux œuvres n'ait pas encore été amenée à se réunir ne remet pas en cause son utilité : le dispositif poursuit aussi un objectif dissuasif. Dans un secteur en fortes mutations, où les acteurs économiques font preuve d'une rapide capacité d'adaptation, **la mise en place d'un tel dispositif apparaît en tout état de cause opportune.**

La mise en place d'un régime plus ambitieux d'autorisation des achats de catalogue paraît difficile juridiquement, comme l'avait déjà souligné le Conseil d'État dans son avis sur la loi du 25 octobre 2021. L'instauration d'un régime de préemption de l'État sur les catalogues de films ne semble pas non plus pertinente : si un trésor national peut être intégré dans les collections publiques, l'État ne dispose pas de capacités de distribution ni de diffusion des œuvres cinématographiques ni de catalogue national d'œuvres.

Un ajustement à la marge du dispositif a déjà été préconisé par le rapport de Bruno Lasserre remis aux ministres de l'économie et de la culture en avril 2023¹²⁹. Un renforcement des sanctions liées soit à l'absence de notification soit à la méconnaissance des obligations d'exploitation suivie était envisagé. Le plafonnement à 10 % de la valeur des œuvres des sanctions pécuniaires pouvant être prononcées par le ministre chargé de la culture à l'encontre du producteur cédant, en cas de manquement à l'obligation de notification, apparaît peu dissuasif. Certains opérateurs pourraient préférer assumer ce coût et l'intégrer dans leur planification financière plutôt que de devoir entraîner leur acquéreur extra-européen dans un processus administratif incertain. La possibilité de poursuivre la nullité de la vente serait sans doute plus adaptée pour garantir le respect de l'obligation de notification, sur le modèle du régime de contrôle des investissements étrangers et des trésors nationaux.

Le raccourcissement à quatre mois du délai de notification était également préconisé par le rapport, afin de tenir compte des contraintes de la vie des affaires. L'article L. 261-1 du code du cinéma et de l'image animée impose au producteur cédant d'adresser la notification au moins

¹²⁸ Avis public du Conseil d'État sur un projet de loi relatif à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique, 1er avr. 2021, n° 402564, point 18.

¹²⁹ Bruno Lasserre et Alexis Goin, 23 avril 2023, « Cinéma et régulation, Le cinéma à la recherche de nouveaux équilibres : relancer les outils, repenser la régulation ».

six mois avant le terme prévu pour la réalisation de l'opération envisagée. Les intéressés font valoir que ce délai de six mois est trop long au regard des délais de préemption légaux et conventionnels, et de l'obligation de notification de la cession aux auteurs (art. L. 132-28 du code de la propriété intellectuelle), qui doivent être préalablement purgés. Afin d'accélérer le processus, le délai de trois mois laissé au ministre, à compter de la notification, pour s'assurer que le bénéficiaire de l'opération est en mesure de rechercher l'exploitation suivie des œuvres cédées pourrait par ailleurs être raccourci, dans la mesure où il est toujours possible, en cas de doute, de saisir la commission.

La réflexion sur le maintien dans l'Union européenne des droits de propriété intellectuelle des œuvres audiovisuelles et cinématographiques devrait se poursuivre au niveau européen.

Faisant suite à la discussion engagée en 2022 par la présidence française de l'Union européenne sur les « actifs stratégiques » dans le domaine culturel, la Commission européenne pourrait utilement ouvrir une réflexion sur la protection des catalogues d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques. Une consultation des Etats membres sur le sujet permettrait de :

- (i) recenser les acquisitions ou tentatives d'acquisitions massives de catalogues d'œuvres européennes par des acteurs extra-européens et les conséquences induites en termes d'accessibilité de ces œuvres au public et de rémunération de la chaîne des ayants droit ;
- (ii) répertorier les mécanismes le cas échéant mis en place par les Etats membres pour contrôler, voire empêcher, ce type d'acquisitions ;
- (iii) évaluer la pertinence de la mise en place d'un tel outil au niveau européen.

Proposition n° 5 : engager une réflexion au niveau européen sur la protection des catalogues d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques.

L'effort financier important consenti par le contribuable français pour soutenir la production audiovisuelle et cinématographique nationale pourrait par ailleurs justifier l'**ouverture d'une réflexion sur l'introduction d'une conditionnalité de certaines aides publiques** à la production au maintien sur le sol européen d'au moins un exemplaire des éléments techniques des œuvres aidées. Une telle conditionnalité pourrait s'inscrire dans le cadre de la mission du CNC de conservation du patrimoine cinématographique en assurant, par la disponibilité d'au moins une copie du film pouvant être adaptée aux différents formats d'exploitation, un accès du public sur le long terme à l'ensemble des œuvres soutenues lors de leur production.

Proposition n° 6 : ouvrir une réflexion sur l'introduction d'une conditionnalité des aides publiques à la production du CNC au maintien sur le sol européen d'au moins un exemplaire des éléments techniques de l'œuvre.

S'agissant des programmes nouvellement créés, la recherche du maintien en France des droits de propriété intellectuelle suppose de mobiliser plusieurs leviers.

En premier lieu, **le secteur des programmes de flux pourrait faire l'objet d'une réflexion spécifique**. N'étant pas des œuvres audiovisuelles au sens de la loi du 30 septembre 1986¹³⁰, ces programmes sont en effet particulièrement vulnérables à l'acquisition intégrale de leurs droits de propriété intellectuelle par les plateformes étrangères de vidéo à la demande. Bien que peu propices à une exploitation après leur première diffusion, les émissions de flux font l'objet d'un intérêt croissant de ces acteurs, compte tenu de leur fort potentiel d'audience (*Lol qui rit sort, The Circle, Love Island...*). Or, en l'absence de toute contrainte réglementaire, les plateformes imposent, semble-t-il très largement, des contrats de production exécutive, y compris lorsque le producteur est à l'initiative d'un format original pour lequel il a engagé d'importants frais de développement.

En deuxième lieu, **la définition des droits de propriété intellectuelle des œuvres audiovisuelles et cinématographiques n'est pas réclamée et n'apparaît pas pertinente**. Aucun interlocuteur auditionné n'a réagi favorablement à l'idée d'introduire une telle définition dans les textes normatifs, celle-ci paraissant en tout état de cause insusceptible d'atténuer l'asymétrie des rapports contractuels entre les producteurs et les plateformes, et porteuse de risques de remise en cause du modèle français et européen sans avantage clair.

Par ailleurs, il convient de noter que le modèle de production exécutive ne présente pas que des inconvénients. Si l'ensemble des représentants des producteurs auditionnés ont mis en évidence les risques attachés à un recours systématique à ce type de contrat pour la pérennité de leur modèle économique, tous admettent qu'un recours ponctuel à la production exécutive, dans une logique de complémentarité avec la production déléguée, présente des avantages. Les contrats de production exécutive garantissent en effet au producteur une rémunération immédiate, sans prise de risque financier. Ces contrats sont donc précieux pour la trésorerie de certaines sociétés, désireuses d'amortir le risque par ailleurs pris dans le cadre de productions déléguées, pour lesquelles elles assument la garantie de bonne fin. Les services de médias à la demande soulignent par ailleurs que le recours à la production exécutive permet aussi de faire émerger des talents prometteurs, à qui il serait inconcevable de confier d'emblée la responsabilité du contrôle financier et créatif d'un projet en production déléguée.

L'incitation indirecte au recours à la production exécutive que peut susciter l'attractivité du crédit d'impôt international, plus favorable que le crédit d'impôt audiovisuel, appelle au rééquilibrage des dispositifs.

Poursuivant des objectifs distincts de politique publique, ces deux dispositifs fiscaux ne ciblent pas les mêmes opérateurs.

D'une part, **le crédit d'impôt international (C2I) vise à attirer en France des productions étrangères**. Sont éligibles les tournages, la réalisation des effets spéciaux ainsi que les travaux de post-production pour les œuvres dont la production est initiée par une société étrangère et dont tout ou partie de la fabrication a lieu en France. L'agrément des œuvres ouvrant droit au C2I est accordé par le CNC à la société établie en France qui est chargée de la production exécutive de l'œuvre, sur la base d'un barème de points. Les externalités positives de la localisation en France de ces tournages internationaux sont nombreuses. Elle soutient tout d'abord l'emploi et le maintien sur le territoire national des compétences de tout l'écosystème audiovisuel, par exemple s'agissant des costumiers et des professionnels des effets spéciaux.

¹³⁰ L'article 4 du décret n° 90-66 du 17 janvier 1990 exclut de cette définition les journaux et émissions d'information, les jeux, les émissions autres que de fiction majoritairement réalisées en plateau.

Entre 2013 et 2022, la masse salariale a doublé dans le secteur de la production d'animation et d'effets visuels (216,5 M€ en 2022 contre 108,2 M€ en 2013) et a également très largement augmenté dans les sociétés de production de fiction audiovisuelle (313 M€ en 2022 contre 174,9 M€ en 2013). En outre, d'importantes retombées touristiques peuvent être attendues : 78 % des touristes étrangers déclarent ainsi que les fictions étrangères tournées en France qu'ils ont vues leur ont donné envie de s'y rendre et 93 % d'entre eux considèrent que les films et séries français ou se déroulant en France présentent la France comme un pays intéressant à visiter¹³¹.

D'autre part, **le crédit d'impôt audiovisuel (CIA) vise à empêcher la délocalisation des dépenses de production d'œuvres françaises.** Le crédit d'impôt permet à une société de production audiovisuelle qui assume les fonctions de production déléguée de déduire de son imposition sur les sociétés 25 % de certaines dépenses de production pour les œuvres de fiction, documentaire, animation et 10 % pour les adaptations audiovisuelles de spectacle. Avec un taux moyen de localisation de 95 % entre 2017 et 2021, jusqu'à 99 % pour la fiction, le CIA a efficacement contribué au maintien en France des dépenses du secteur audiovisuel. Entre 2017 et 2021, chaque euro de dépense fiscale associée au CIA aurait ainsi contribué à localiser 7,60 € de dépenses en France, dont 2,85 € de recettes fiscales et sociales et 0,92 € de recettes fiscales, soit un niveau proche de l'autofinancement *via* les recettes fiscales. Avec près des deux tiers des dépenses des bénéficiaires réalisées en dehors d'Ile-de-France, le dispositif bénéficie par ailleurs à l'ensemble du territoire national¹³².

Les deux dispositifs sont toutefois entrés dans une logique partiellement concurrente, créant une incitation indirecte à la production exécutive. En effet, le crédit d'impôt international est particulièrement attractif à deux titres : d'une part, son taux est plus élevé, s'élevant à 30 %, voire à 40 % pour les fictions à forts effets visuels, contre 25 % pour le CIA ; d'autre part, son montant maximum est de 30 M€ par œuvre alors que le plafond du CIA est déterminé en fonction du coût de production par minute¹³³. Ces deux paramètres peuvent inciter, à la marge, les producteurs, lors de la construction de leurs projets, selon le type d'œuvre et son économie, à **privilégier un modèle de production exécutive** afin de bénéficier du crédit d'impôt international. Cet arbitrage peut ainsi conduire, du fait du déficit de compétitivité du CIA, à amoindrir le recours à la production déléguée, alors même que celle-ci est encouragée via les aides du CNC et les obligations d'investissement des diffuseurs.

De fait, **la progression des dépenses du crédit d'impôt international a été très dynamique** entre 2019 (25 M€) et 2022 (90 M€), le nombre d'œuvres éligibles étant passées de 34 à 90 sur la période. Cette croissance est quasi-exclusivement tirée par l'audiovisuel, dont les dépenses ont augmenté de 259 % sur la période. Les commandes d'œuvres pour les plateformes de vidéo à la demande expliquent l'essentiel de cette augmentation : en 2017, les dépenses d'œuvres bénéficiaires destinées à une diffusion sur les plateformes représentaient 2 % des dépenses des œuvres audiovisuelles bénéficiaires du crédit d'impôt international en France, contre 66 % en 2023.

Pour mettre un terme à cette forme de concurrence entre les deux dispositifs, un alignement vers le bas, c'est-à-dire une baisse du taux du C2I, ne paraîtrait pas opportun, dans un contexte de forte concurrence entre les différents pays européens pour attirer les principales productions étrangères : en Europe, onze pays proposent un crédit d'impôt équivalent voire plus avantageux que le C2I français, dont notamment l'Italie et la Belgique (40 %), le Royaume-Uni (34 %),

¹³¹ Etude IFOP pour le CNC, 18 janvier 2024, « Impact du cinéma et de la fiction TV sur le tourisme en France »

¹³² Ernst and Young, juillet 2023, Évaluation de l'impact des crédits d'impôt relevant du CNC de 2017 à 2021

¹³³ art. 220 *sexies* du code général des impôts.

l'Espagne et la Hongrie (30 %). L'augmentation du taux du C2I, de 20 % à 30 % en 2016, avait été accompagnée d'une croissance notable des dépenses en France des bénéficiaires, plus rapide que l'augmentation de la dépense fiscale (117 %). Le C2I français a par ailleurs prouvé son efficacité pour renforcer l'attractivité de la France : les dépenses des productions étrangères ont été multipliées par huit depuis la création du C2I en 2009, pour atteindre un montant de 402 M€ en 2021, pour une dépense fiscale de 97 M€. Entre 2017 et 2021, chaque euro de dépense fiscale associé au C2I contribuait à localiser 3,99 € en France, dont 1,27 € de recettes sociales et fiscales et 0,44 € de recettes fiscales¹³⁴.

Un rééquilibrage des deux dispositifs fiscaux paraît plus approprié, en réexaminant la pertinence des plafonds et des taux applicables au CIA, tout en tenant compte du fait que celui-ci concerne des projets bénéficiant par ailleurs des aides à la production du CNC. L'impact financier d'une telle mesure devrait être soigneusement examiné mais devrait s'apprécier de manière globale sur les deux dispositifs, puisque le renforcement de l'attractivité du CIA s'accompagnerait corrélativement d'une diminution du recours au C2I.

Proposition n° 7 : examiner l'opportunité d'un rééquilibrage du crédit d'impôt audiovisuel par rapport au crédit d'impôt international au regard de la concurrence des deux dispositifs et du rapport coûts / bénéfiques pour les finances publiques.

*

La France a dessiné un modèle exigeant de partage de la valeur dans l'industrie audiovisuelle et cinématographique, poursuivant des objectifs de diversité culturelle, de promotion des œuvres européennes, de défense de la langue française, et de développement de la production d'œuvres patrimoniales.

Menacé par l'arrivée des plateformes américaines de vidéo à la demande, ce modèle a fait preuve d'une réelle efficacité pour faire émerger des œuvres de qualité, reconnues sur la scène internationale. **La réactivité des autorités françaises et européennes a contribué à faire évoluer efficacement ce modèle** pour intégrer ces nouveaux acteurs étrangers à l'écosystème vertueux de soutien à la création locale et orienter leurs investissements vers le secteur de la production indépendante.

Compte tenu de la subtilité des équilibres cristallisés par le cadre juridique applicable, **l'ensemble des diffuseurs, SMAD comme éditeurs de services télévisés, appellent à ce jour à une stabilité normative**. Les années 2022 et 2023 représentent en effet seulement les deux premiers exercices au cours duquel le décret SMAD a été appliqué sur une année entière. Attendu pour le second semestre 2024, le rapport conjoint de l'Arcom et du CNC, en lien avec la direction générale des médias et des industries culturelles (DGMIC), sur la mise en œuvre de ce décret permettra d'en tirer un bilan précis.

Au niveau national, l'engagement d'une réflexion sur le maintien en Europe des catalogues d'œuvres doit être saluée, au regard du caractère stratégique de ces actifs, et du risque

¹³⁴ Source : Ernst and Young, juillet 2023, Évaluation de l'impact des crédits d'impôt relevant du CNC de 2017 à 2021

d'acquisitions prédatrices d'œuvres appartenant au patrimoine national. **Cette réflexion pourrait utilement se poursuivre au niveau européen.**

Enfin, la réouverture prochaine des négociations sur la directive SMA doit être l'occasion pour la France de **porter à nouveau des propositions ambitieuses** de réforme, afin de résorber les asymétries concurrentielles résiduelles entre diffuseurs historiques et SMAD et de renforcer les outils de soutien à la création audiovisuelle et cinématographique européenne.

Annexe 1

Lettre de mission

Présidence

291 boulevard Raspail
75675 Paris cedex 14

tél. 01 44 34 36 19

Monsieur Fabien RAYNAUD
Président
Conseil d'Etat
1 Place du Palais royal
75001 Paris

Paris, le 28 juillet 2023

Monsieur le président,

Dans un contexte de forte croissance et de concurrence internationale au sein des secteurs cinématographique et audiovisuel, les rapports entre les acteurs de la chaîne de valeur évoluent et conduisent à un renouvellement des modèles économiques de création des œuvres.

En premier lieu, l'ensemble des acteurs économiques concernés par l'exploitation et la vente des œuvres audiovisuelles (producteurs, studios, exportateurs, diffuseurs, etc.) constate une attention accrue pour les « concepts narratifs » (appelés communément en anglais « IP – intellectual property ») et les droits afférents. Cet intérêt croissant découle tant de l'éventuelle valeur intrinsèque de ces concepts narratifs que de ce qu'ils permettent d'initier autour de l'œuvre première en capitalisant sur son succès initial : adaptation dédiée à un nouveau public (« remake »), création d'œuvres connexes (« prequel » où l'action se passe avant l'œuvre principale, « sequel » où l'action se passe postérieurement à l'œuvre principale, « spin-off » dont l'action est basée sur une partie d'une autre œuvre), édition de produits dérivés.

En second lieu, on assiste à une montée en puissance des pratiques dites de « commissioning » ou « work for hire », c'est-à-dire en français du modèle dit de « production exécutive ». Celui-ci implique qu'un producteur produit une œuvre pour le compte d'un tiers moyennant une somme d'argent, le plus souvent forfaitaire, sans conserver la maîtrise finale des choix artistiques, notamment la responsabilité éditoriale et la garantie de bonne fin, ni les droits de propriété intellectuelle associés, qui relèvent du commanditaire. Il s'agit d'un modèle de prestation de services.

Cette pratique a pris une actualité nouvelle avec l'arrivée des plateformes de vidéo à la demande par abonnement et leur positionnement dans la production d'œuvres en Europe. Dans la plupart des pays européens, ces plateformes ont en effet progressivement financé pour leur compte de plus en plus d'œuvres locales originales (« originals ») ayant vocation à être diffusées sur leur service. Or, pour la production de ces œuvres, elles ont privilégié un modèle de nature à leur en conserver la totalité du contrôle et des droits : contrôle sur les décisions créatives et sur l'ensemble de la fabrication, rétention de la totalité des droits et des mandats d'exploitation ainsi que de la « propriété » des œuvres.

S'il est porteur d'activité économique, le recours accru à ce modèle pose une question de contrôle et de souveraineté. La valeur des entreprises de production repose sur leur catalogue, c'est-à-dire sur les œuvres dont elles détiennent les droits qui sont autant d'actifs constitués à leur bilan. Ces actifs leur permettent de garantir leur valorisation et la possibilité pour elles d'investir, d'emprunter, d'effectuer des opérations économiques sans recours indispensable à des tiers financeurs. La constitution d'actifs à travers le catalogue représente donc une garantie de leur indépendance.



Le modèle de production dans lequel les plateformes conservent tous les droits conduit donc à un transfert des décisions créatives et de la valeur économique et patrimoniale des œuvres dans les mains d'acteurs extra-européens. Il interroge ainsi quant à la capacité du secteur à conserver son indépendance et à refléter la diversité des expressions culturelles françaises et européennes. Cette interrogation est d'autant plus vivace qu'une œuvre commandée par une entreprise extra-européenne et dont la valeur est intégralement transférée en dehors de l'Union peut malgré tout être considérée comme une œuvre européenne compte tenu de la définition retenue par la directive services de médias audiovisuels. Elle bénéficiera alors de quotas d'exposition privilégiés, sera parfois prise en compte au titre des obligations d'investissement, et sera éligible à un ensemble de dispositifs d'aides nationaux et européens. On relèvera cela étant que la France a souhaité prévenir ce risque en introduisant notamment des conditions visant à flécher les obligations d'investissement ou les dispositifs d'aide vers la production indépendante ou vers la production déléguée.

Bien que certains corpus commencent, en substance, à se référer à la notion de propriété intellectuelle lorsqu'ils s'intéressent aux opérations de cession ou à la production des œuvres audiovisuelles (cf. art. 30 de la loi 25 octobre 2021 qui évoque « les droits de propriété incorporelle et des droits de propriété sur les éléments techniques nécessaires à la fixation de l'œuvre », discussions autour du projet de convention du Conseil de l'Europe sur la coproduction de séries), force est de constater qu'il n'existe pas de définition rigoureuse et exhaustive de cette notion permettant, dans le secteur audiovisuel et cinématographique, d'apprécier l'étendue exacte des droits qui la composent. Le code de la propriété intellectuelle, en particulier, détaille les droits reconnus aux auteurs et définit le rôle du producteur auquel une présomption de cession des droits d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle est reconnue, mais ne s'attache pas à l'« IP » des œuvres audiovisuelles.

A ce titre, il apparaît opportun, en premier lieu, d'identifier les grands axes qu'une définition de la « propriété intellectuelle » pourrait recouvrir en matière de détention des œuvres audiovisuelles et des droits associés. Dans ce cadre, une étude préalable de l'état du droit dans d'autres pays européens et de la réalité des pratiques contractuelles aujourd'hui à l'œuvre – que les producteurs parfois subissent – sera précieuse pour mieux identifier, par ricochet, les attributs essentiels de cette notion de propriété intellectuelle.

Sur cette base, il sera ensuite nécessaire d'éclairer les modalités suivant lesquelles cette définition pourrait s'insérer dans le cadre législatif et réglementaire français et européen, et les régulations qu'elle aurait vocation à irriguer, de même que son articulation avec le concept existant, et aujourd'hui structurant, de production indépendante. En particulier, l'opportunité d'une modification de la définition de l'œuvre européenne dans la directive SMA pourra être explorée.

Votre parcours, qui vous a notamment mené, en qualité de conseiller juridique à la représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne et de conseiller pour les affaires européennes à la Présidence de la République, à acquérir une parfaite connaissance du droit de l'Union européenne, de ses acteurs et de ses processus décisionnels, vous qualifie tout particulièrement pour mener cette mission.

Vous serez assisté dans votre mission par Mme Hortense NAUDASCHER, auditrice au Conseil d'Etat, en qualité de rapporteur.

Je vous remercie d'avoir accepté cette mission et de m'adresser les conclusions de vos travaux au plus tard en mars 2024.

Je vous prie, Monsieur le président, de recevoir l'expression de ma sincère considération.

Dominique BOUTONNAT



Annexe 2

Liste des propositions

Proposition n° 1 : la prochaine révision de la directive SMA pourrait être l'occasion d'aligner les obligations de mise à disposition d'œuvres européennes dans les catalogues des SMAD établis dans (ou plutôt ciblant, cf. proposition n° 2) l'Union européenne sur les obligations de diffusion d'œuvres européennes applicables aux éditeurs de services télévisés ; la part d'œuvres européennes devant être mise à disposition dans les catalogues des SMAD pourrait ainsi être rehaussée à 50 %.

Proposition n° 2 : modifier l'article 13.1 de la directive SMA, afin d'introduire une nouvelle dérogation à la règle du pays d'origine.

Chaque Etat membre devrait pouvoir définir, dans le respect des quotas planchers fixés par la directive, la part d'œuvres européennes, et le cas échéant d'expression originale, devant être proposée par les SMAD ciblant leur territoire.

Proposition n° 3 : la France pourrait utilement défendre, pour les œuvres produites à l'avenir, la suppression du critère *i)* de définition de l'œuvre européenne donné par la directive SMA, qui permet à des œuvres réalisées par un ou des producteurs établis dans un ou plusieurs des Etats membres de l'Union ou parties à la CETT d'entrer dans la définition.

La suppression de ce critère permettrait d'exclure de la définition de l'œuvre européenne les œuvres dont seul le producteur exécutif est établi dans l'un de ces Etats.

Proposition n° 4 : défendre, à l'occasion de la prochaine révision de la directive SMA, l'obligation pour les SMAD de communiquer gratuitement, à une fréquence *a minima* annuelle, aux sociétés de production l'audience par pays des œuvres qu'elles ont produites.

Proposition n° 5 : engager une réflexion au niveau européen sur la protection des catalogues d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques.

Proposition n° 6 : ouvrir une réflexion sur l'introduction d'une conditionnalité des aides publiques à la production du CNC au maintien sur le sol européen d'au moins un exemplaire des éléments techniques de l'œuvre.

Proposition n° 7 : examiner l'opportunité d'un rééquilibrage du crédit d'impôt audiovisuel par rapport au crédit d'impôt international au regard de la concurrence des deux dispositifs et du rapport coûts / bénéfices pour les finances publiques.

Annexe 3

Liste des personnes auditionnées

Administrations, autorités publiques

Françaises

- Ministère de la culture
 - o M. Ludovic Berthelot, chef du service des médias
 - o Mme Laure Leclerc, sous-directrice de l'audiovisuel
 - o M. Laurent Coulon, attaché culturel et audiovisuel à l'Institut français de Madrid
 - o M. Rémi Guittet, attaché culturel à l'Institut français de Rome
- Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne : Mme Guillemette Madinier, conseillère culture, audiovisuel, droit d'auteur
- Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom)
 - o M. Roch-Olivier Maistre, président
 - o M. Denis Rapone, membre du collège
 - o Mme Juliette Théry, membre du collège
- Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) :
 - o M. Olivier Japiot, président
 - o M. Tristan Azzi, personnalité qualifiée
 - o Mme Anne-Elisabeth Kahn, personnalité qualifiée
- Médiateur du cinéma : Mme Laurence Franceschini, médiatrice
- Centre national du cinéma
 - o M. Dominique Boutonnat, président
 - o M. Olivier Henrard, directeur général délégué
 - o Mme Valérie Bourgoïn, directrice de l'audiovisuel
 - o M. Vincent Villette, directeur financier et juridique

Européennes et étrangères

- Commission européenne :
 - o M. Giuseppe Abbamonte, directeur de la politique des medias
 - o Mme Lucia Recalde, directrice adjointe et chef d'unité Industrie audiovisuelle et programme de soutien MEDIA
 - o M. Martin Dawson, adjoint au chef d'unité Industrie audiovisuelle et programme de soutien MEDIA
 - o Mme Sarah Brunet, experte nationale détachée, chargée de mission au sein de l'unité Industrie audiovisuelle et programme de soutien MEDIA
- Filmförderungsanstalt allemand : M. Peter Dinges, président

Professionnels du cinéma et de l'audiovisuel

- Banijay :
 - o Mme Alexia Laroche-Joubert, présidente directrice générale
 - o M. Edouard Minc, directeur RSE
 - o M. Frederic Lussato, président d'Adventure Line Productions
- Inside Content (Espagne) : Mme Géraldine Gonard, présidente directrice générale
- Mediawan : M. Thomas Anargyros, président directeur général de Mediawan Studio
- UGC : M. Alain Sussfeld, directeur général
- Warner Bros : M. Fabrice Laffargue, responsable des affaires publiques France
- Xilam :

- M. Marc du Pontavice, président directeur général
- M. Pierre Monfort, secrétaire général

Syndicats, organisations professionnelles, associations

- CEPI : Mme Mathilde Fiquet, secrétaire générale
- Eurocinéma : Mme Juliette Prissard, déléguée générale
- European film agency directors association (EFAD) : Mme Julie-Jeanne Regnault, secrétaire générale
- European producers club (EPC) : Mme Alexandra Lebret, directrice générale
- Motion Picture Association
 - Mme Emilie Anthonis, vice-présidente senior, affaires publiques Europe, Moyen Orient et Afrique
 - Mme Johanna Baysse, directrice des affaires européennes
- Procirep : M. Idzard van der Puyl, délégué général
- Société civile des auteurs réalisateurs producteurs (L'ARP) :
 - Mme Joyce Dardanne, directrice générale adjointe
 - M. Pierre Jolivet, vice-président
 - Mme Lucie Girre, déléguée générale
- Société des réalisatrices et réalisateurs de films (SRF)
 - Mme Chloé Folens, déléguée générale adjointe
 - Mme Séverine Lulin, déléguée générale adjointe
 - M. Sylvain Desclous, membre du conseil d'administration
- Syndicat des catalogues de films de patrimoine (SCFP)
 - Mme Sabrina Joutard, présidente
 - Marie-Anne Hurier, secrétaire
 - Mme Coline Lalaut, responsable juridique des Films du losange
- Syndicat des producteurs créateurs de programmes audiovisuels (SPECT) :
 - M. Jérôme Caza, président
 - Mme Anne Cohen-Scali, secrétaire générale
 - M. Vincent Gisbert, délégué général
 - M. Frédéric Lussato, membre du bureau
- Syndicat des producteurs indépendants (SPI)
 - M. Simon Arnal, président
 - M. Edouard Mauriat, vice-président
 - Mme Emmanuelle Mauger, déléguée générale adjointe
- Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP) : M. Alexandre Lasch, directeur général
- Unifrance :
 - Mme Daniela Elstner, directrice générale
 - M. Axel Scoffier, secrétaire général
- Union des producteurs de cinéma
 - M. Marc Missonnier, président
 - Mme Valérie Lépine-Karnik, déléguée générale
- Union syndicale de la production audiovisuelle (USPA)
 - M. Stéphane Le Bars, délégué général
 - M. Jérôme Dechesne, délégué général adjoint
 - Mme Isabelle Degeorges, vice-présidente fiction, présidente de Gaumont Télévision

Sociétés de gestion collective des droits

- Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) : M. David El Sayegh, directeur général adjoint

- Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)
 - o M. Pascal Rogard, président
 - o M. Patrick Raude, secrétaire général
 - o M. Guillaume Prieur, directeur des affaires institutionnelles et européennes
- Société civile des auteurs multimédia (SCAM)
 - o M. Hervé Rony, directeur général
 - o M. Nicolas Mazars, directeur des affaires juridiques et institutionnelles
- Société des auteurs audiovisuels (SAA) : Mme Cécile Despringre, secrétaire générale

Diffuseurs

Diffuseurs historiques

- Arte : M. Frédéric Bereyziat, vice-président exécutif des opérations
- Canal + :
 - o Mme Laetitia Menase, secrétaire générale
 - o M. Christophe Roy, directeur affaires réglementaires, européennes et concurrence
- France Télévisions :
 - o M. Christophe Tardieu, secrétaire général
 - o M. Manuel Aduy, directeur du cinéma
 - o Mme Livia Saurin, directrice des relations institutionnelles
- M6 :
 - o Mme Marie Grau-Chevallereau, directrice des études réglementaires
 - o Mme Cécile Durand-Girard, directrice relations institutionnelles et affaires réglementaires
- TF1 : Mme Julie Burguburu, secrétaire générale

Services de médias audiovisuels à la demande

- Amazon : M. Yohann Benard, directeur des affaires publiques Europe
- Netflix :
 - o Mme Marie-Laure Darridan, directrice des affaires publiques France
 - o M. Victor Roulière,
- The Walt Disney Company :
 - o M. Philippe Coen, directeur affaires juridiques et publiques Europe, Moyen Orient et Afrique
 - o M. Thomas Spiller, vice-président Global public policy

Avocats

- Maître Pascal Kamina
- Maître Gilles Vercken
- Maître Benjamin Montels