N° 452765 – Société d'édition Canal plus

5ème et 6ème chambres réunies

Séance du 11 janvier 2023
Décision du 27 janvier 2023

CONCLUSIONS

M. Florian ROUSSEL, Rapporteur public

L'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit le versement, par les éditeurs de services de communication audiovisuelle diffusés par voie hertzienne terrestre, d'une contribution au développement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles.

Dans sa rédaction applicable à la date du présent litige, cette contribution était régie par le décret n° 2010-747 du 2 juillet 2010[1]. Celui-ci fixe des règles différentes pour les services de télévision diffusés en clair et pour ceux dont le financement fait appel à une rémunération de la part des usagers. Parmi ces derniers, il distingue les services de cinéma, en cause en l'espèce (chapitre 2), les services de paiement à la séance et les autres services (chapitre 1er).

Son article 35 prévoit que les éditeurs de service de cinéma qui encaissent directement auprès des usagers du service le produit des abonnements doivent consacrer chaque année au moins 12,5 % de leurs ressources à l'achat de droits de diffusion d'œuvres cinématographiques européennes - au moins 9,5 % de ces mêmes ressources devant porter sur des œuvres françaises.
Ces mêmes éditeurs doivent en outre consacrer au moins 3,6 % de leurs ressources au développement de la production d'œuvres audiovisuelles patrimoniales européennes ou d'expression originale française – au moins 85 % de ce montant devant être consacré à des œuvres françaises (article 40). Une part de ces dépenses doit par ailleurs être consacrée à la production indépendante (article 42).

[1] Décret relatif à la contribution à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

▪ La question en débat devant vous porte sur les modalités d'évaluation des ressources des opérateurs, définies à l'article 33 du décret.

La société Canal plus a, en effet, fait le choix de déduire du montant total du produit des abonnements portant sur les chaînes cinéma, pris en compte pour la détermination de l'assiette de la contribution au titre des exercices 2018 et 2019, un montant correspondant à la valorisation de son service de presse en ligne, auquel ont accès, de façon gratuite et automatique les abonnés.

Les échanges avec l'autorité ont permis de parvenir à un accord en ce qui concerne la contribution relative aux œuvres cinématographiques. La décision de l'autorité de conclure cet accord plutôt que de poursuivre la procédure disciplinaire fait l'objet, de la part de plusieurs associations de producteurs, d'un recours, actuellement en cours d'instruction[2].

L'autorité a, en revanche, adressé à Canal plus une décision de mise en demeure, qui fait l'objet du présent recours, en ce qui concerne le montant de la contribution au développement de la production d'œuvres audiovisuelles dont elle était redevable. La société ne s'est en effet acquittée que de 51 millions d'euros à ce titre en 2019, alors que ce montant aurait été de 56 millions si la valorisation du service complémentaire de presse en ligne n'avait pas été déduite.

La valorisation de ce service de presse en ligne a également donné lieu à des contentieux fiscaux. Le groupe Canal plus entendait en effet, à l'origine, comme d'autres sociétés concurrentes, bénéficier du taux de TVA réduit à 2,1 % (articles 268 bis et 98 septiès du CGI) en ce qui concerne la part des recettes qu'ils estimaient avoir été réalisée grâce à cette offre de presse. Des dispositions introduites par loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 ont cependant mis fin à cette possibilité à compter du 1er mars 2018, ce qui a conduit plusieurs sociétés concurrentes du groupe Canal plus à renoncer à ce service de presse.

La question se retrouve également en ce qui concerne la taxe sur les services de télévision prévue à l'article L. 115-6 du code du cinéma et de l'image animée, affectée au CNC.

[2] Dossier n° 452028

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Si les enjeux financiers du présent litige sont ainsi loin d'être négligeables, sa portée n'en est pas moins circonscrite, puisque votre décision sera sans incidence sur les modalités de calcul actuelles de la contribution. Le décret du 2 juillet 2010 a, en effet, été abrogé par un décret n° 2020-1926 du 30 décembre 2020. L'article 4 de ce nouveau décret, comme l'article 5 du décret n° 2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande (les « SMAD »), précise ainsi, pour l'avenir, les conditions de prise en compte des services d'une autre nature ne requérant pas la souscription d'un abonnement[3].

Régularité de la décision attaquée

Nous ne nous attarderons pas sur les critiques portant sur la régularité de la décision contestée. Celle-ci est, en effet, très précisément argumentée et mentionne en particulier, comme l'impose votre jurisprudence (V. CE, 10 février 2017, société Lagardère active broadcast, n°391088, B), les faits constatés par le CSA ainsi que les obligations dont il estime qu'elles ont été méconnues et auxquelles il invite l'éditeur, le distributeur ou l'opérateur à se conformer à l'avenir. Et, par ailleurs, il est justifié du respect des règles relatives au quorum et à la convocation des membres du collège.

Moyen tiré de la méconnaissance de l'article 33 du décret

- La société Canal plus reproche essentiellement au CSA d'avoir mal interprété le premier alinéa de l'article 33 du décret. Aux termes de ces dispositions, « *on entend par ressources totales de l'exercice, pour un éditeur de services, le total (...) des ressources reçues des distributeurs de services pour l'exploitation en France du service sur tout réseau et par tout procédé de communications électroniques, des recettes publicitaires, de parrainage, de téléachat et de placement de produits ainsi que des recettes issues de l'exploitation des services de télévision de rattrapage (...)* ».

[3] Il dispose : « *Lorsque l'utilisateur du service bénéficie, sans pouvoir y renoncer, de services complémentaires d'une autre nature ne requérant pas la souscription d'un abonnement, la convention fixe la part du chiffre d'affaires qui doit être prise en compte en tenant notamment compte de la valeur économique du service au sein de l'offre composite et des usages de valorisation en la matière. Si l'éditeur s'abstient de fournir les informations nécessaires à la fixation de cette part, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique peut retenir le chiffre d'affaires résultant de l'ensemble de ces services* ».

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

La requérante en déduit que l'assiette de la contribution n'inclut que sur le seul service de diffusion d'œuvres cinématographiques, à l'exception des autres services, sans lien avec ce dernier, également inclus dans l'abonnement.

L'ARCOM s'appuie, quant à elle, notamment sur un avis émis en 2019, soit deux ans avant la décision litigieuse, par la section de l'intérieur, à la demande du Premier ministre.

▪ Si chacune des deux interprétations concurrentes a sa propre logique, nous sommes, pour notre part, résolument convaincu que c'est celle de l'ARCOM qui est la plus conforme à la lettre et à l'objet du décret.

En premier lieu, il s'agit de celle qui nous semble la plus cohérente avec la formulation de l'article 33, et en particulier la référence au « produit des abonnements résultant de l'exploitation en France du service ».

Le décret inclut ainsi dans l'assiette de la contribution l'intégralité des ressources résultant des abonnements en lien avec « l'exploitation du service », sans prévoir de déduction en lien avec la valorisation des services complémentaires proposés aux abonnés.

La requérante se prévaut certes du dernier alinéa de l'article 33 dont il ressort que lorsque l'accès au service fait l'objet d'un « abonnement conjoint », l'ARCOM peut vérifier que les ressources reçues par l'éditeur correspondent à des conditions normales de marché, notamment au regard de celles reçues soit auprès d'autres distributeurs pour l'exploitation du même service, soit auprès du même distributeur pour l'exploitation de services équivalents.

Cependant, ces dispositions nous paraissent s'appliquer uniquement aux éditeurs qui reçoivent leurs ressources des distributeurs de services et non à ceux qui, comme Canal plus, perçoivent directement auprès des usagers le produit des abonnements. Lorsque l'abonnement porte sur des services de cinéma fournis par différents éditeurs (comme par exemple Canal plus et Netflix)[4], il s'agit notamment de permettre à l'autorité de vérifier, au moyen d'une analyse comparative, que les « ressources reçues » correspondent à celles perçues par l'éditeur auprès d'autres distributeurs pour le même service de cinéma, ou encore aux ressources reçues (par d'autres éditeurs) auprès du même distributeur pour des services équivalents.

[4] Par exemple l'offre, récemment lancée par le groupe Canal plus, incluant un abonnement conjoint à Canal Plus et à Netflix.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Et cet alinéa nous semble, en tout état de cause, porter sur les abonnements conjoints à plusieurs services de cinéma, et non aux offres composites incluant des services complémentaires de presse en ligne[5].

La circonstance que le décret ait été modifié fin 2021 dans un sens plus favorable à la position de Canal plus ne permet pas davantage d'appuyer son argumentation dans le présent litige. Bien au contraire, cela suggère que le texte devait être modifié pour que la déduction de certains services complémentaires soit rendue possible.

Aucun élément du dossier ne laisse en effet apparaître que le nouveau décret aurait une portée purement interprétative. Au contraire, le texte nous paraît plutôt destiné à prendre en compte la commercialisation par certains « SMAD » de formules d'abonnements très composites, dans lesquelles la diffusion d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles ne constitue pas toujours le service prépondérant – hypothèse qui n'avait vraisemblablement pas été envisagée en 2010.

En deuxième lieu, cette interprétation du décret nous semble refléter l'intention constante, qui était alors celle du pouvoir réglementaire, de prendre en compte les ressources totales de l'exercice en lien avec l'exploitation du service, compte tenu des techniques et de l'économie du secteur, alors même que ces ressources n'auraient qu'un rapport indirect avec la programmation d'œuvres.

Le décret n° 95-668 du 9 mai 1995, dont est issu le décret litigieux, a ainsi été modifié en 2001, afin d'inclure dans l'assiette de la contribution les recettes publicitaires, de parrainage, de téléachat et de placement de produits et celles issues de l'exploitation des services de télévision de rattrapage[6].

---

[5] D'ailleurs, l'article 4 du décret du 30 décembre 2020, qui vise à son premier alinéa, les « services complémentaires d'une autre nature ne requérant pas la souscription d'un abonnement », laisse subsister, à son second alinéa, les dispositions du dernier alinéa de l'article 33 du décret du 2 juillet 2010.

[6] Alors que l'article 10 du décret du 9 mai 1995 définissait les « ressources totales annuelles » en cause comme celles qui sont « constituées par le total du produit des abonnements, des recettes publicitaires et des recettes de parrainage », l'article 4 du décret n° 2001-1332 du 28 décembre 2001 ajoute en effet les recettes « de téléachat et de placement de produits, ainsi que des recettes issues de l'exploitation des services de télévision de rattrapage ».

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

On observera d'ailleurs, en ce qui concerne les éditeurs qui ne d'autodistribuent pas, que l'article 33 du décret est encore plus explicite puisque sont incluses dans l'assiette de la contribution les ressources « reçues des distributeurs de services pour l'exploitation en France du service ». Et on voit mal ce qui justifierait que les services complémentaires soient pris en compte dans un cas et pas dans l'autre.

En troisième lieu, il est possible de trouver un indice supplémentaire à l'appui de la position du CSA dans la circonstance, mise en avant par la section de l'intérieur dans son avis précité, que l'article 6-2 du décret du 17 janvier 1990 fixant les principes généraux concernant la diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles par les éditeurs de services de télévision prévoit que « *les services [de cinéma] font l'objet d'un abonnement spécifique à un ou plusieurs services ayant le même objet* ».

Il pourrait en être déduit, comme le soutient l'ARCOM, que les éditeurs de service sont tenus de proposer au moins un abonnement composé uniquement de services de cinéma et que c'est sur cette base que doit être calculée la contribution, sans qu'il y ait lieu de distinguer les services complémentaires mis gratuitement à disposition des abonnés.

Enfin, la solution retenue par le CSA présente le mérite de la clarté et de la simplicité. La valorisation d'un service complémentaire gratuit paraît en effet très délicate et sujette à contestations. Selon l'interprétation privilégie par l'autorité de régulation, il était, au demeurant, parfaitement loisible à la société Canal plus, de prévoir un abonnement composant un service de presse en ligne, pour peu que les clients aient la possibilité de privilégier un abonnement uniquement dédié aux œuvres cinématographiques.

<u>Conformité du décret à des normes supérieures</u>

La requérante excipe ensuite de l'illégalité des dispositions de l'article 33 du décret, telles qu'interprétées par l'ARCOM. Mais son argumentation ne pourra vous retenir.

- D'abord, en mettant la contribution à la charge des éditeurs de services de communication audiovisuelle, la loi du 30 septembre 1986 n'impose nullement au pouvoir réglementaire de déduire la valorisation des services complémentaires qui y sont associés – pas plus d'ailleurs qu'elle n'y fait obstacle...

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

▪ Ensuite, l'interprétation retenue ne s'expose à aucune critique sur le plan constitutionnel.

D'une part, l'article 33 ne méconnaît nullement le principe d'égalité devant les charges publiques : l'assiette de la contribution est définie de manière parfaitement objective et elle est en lien avec l'objectif consistant à faire contribuer les éditeurs au développement de la production audiovisuelle

D'autre part, il ne peut être utilement soutenu que les dispositions du décret ainsi interprétées méconnaîtraient le principe de liberté d'entreprendre ou le principe de légalité et des peines.

Si la requérante déplore notamment le manque de précision de la définition de la base de calcul de la contribution, la mise en demeure ne constitue pas une sanction, mais une mesure qui constitue son préalable indispensable et qui est destinée à éclairer son destinataire sur l'étendue de ses obligations (V. décision société Largardère active broadcast précitée). C'est donc au regard de la précision de cette décision, qui est, comme il a été dit, suffisante en l'espèce, et non des obligations législatives et réglementaires dont elle constate la méconnaissance, que s'apprécie le respect du principe de légalité des délits (V 5/6, 4 décembre 2017, Société C8, n° 407463, C).

Enfin, le moyen tiré de ce que législateur n'aurait pas épuisé la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution pour définir l'assiette des impositions de toute nature est lui aussi inopérant, et ce d'autant que la contribution litigieuse, qui porte sur l'obligation pour l'éditeur d'effectuer certaines dépenses aux fins de promouvoir le développement d'œuvres audiovisuelles, ne constitue pas une imposition.

▪ L'interprétation de l'article 33 retenue par l'ARCOM ne méconnaît pas davantage le droit de l'Union européenne.

La requérante ne peut ainsi, en tout état de cause, utilement invoquer ni la méconnaissance du principe de libre prestation de services, qui n'est pas applicable à des activités purement internes à un Etat membre (V. par ex. CJCE, 16 novembre 1995, aff 152/94, V...), ni la directive 89/532 du 3 octobre 1989 « Télévision sans frontière » et la directive 2007/35/CE du 11 décembre 2007, qui ne régissent pas la contribution litigieuse.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Et le moyen tiré de la violation de l'article 13§2 de la directive « SMA » 2018/1808 du 14 novembre 2018 est tout aussi inopérant, ces dispositions se bornant à permettre aux Etats membres d'exiger que « *les fournisseurs de services de médias qui ciblent des publics sur leur territoire mais sont établis dans d'autres États membres soient également soumis à ces contributions financières, qui doivent être proportionnées et non discriminatoires* ». L'exigence de proportionnalité et de non-discrimination posée par ce texte ne s'applique donc qu'aux fournisseurs établis dans d'autres Etats membres, et, dans tous les cas, elle ne nous semble nullement avoir été méconnue en l'espèce.

▪ Enfin, l'interprétation retenue par le CSA ne porte aucune atteinte au principe de sécurité juridique dans la mesure où les dispositions litigieuses du décret ne suggéraient en rien que la déduction de la valeur estimée des services complémentaires de presse en ligne pourraient s'appliquer. En outre, l'autorité de régulation n'a, à aucun moment, modifié reconnu le bien-fondé de la position de la requérante, même si elle a longuement échangé avec elle. La requérante savait donc qu'elle s'exposait à une telle mesure lorsqu'il a minoré le montant de sa contribution pour tenir compte du service complémentaire.

<u>Moyen tiré de ce que le manquement constaté ne justifiait pas une mise en demeure</u>

Il est enfin soutenu, sur le terrain de l'erreur manifeste d'appréciation, que le manquement commis n'était pas d'une nature et d'une gravité telles qu'il justifiait, dans les circonstances de l'espèce, le prononcé d'une mise en demeure.

▪ La société Canal plus rappelle que lorsque l'autorité de régulation constate la méconnaissance par un opérateur de ses obligations légales, elle n'est pas tenue de prendre une telle mesure. Ainsi qu'il ressort des termes mêmes de l'article 42 de la loi, elle n'en a que la faculté.

Il lui est ainsi loisible de privilégier, dans le cadre de l'exercice de sa mission de régulation, le prononcé de mesures non prévues par la loi du 30 septembre 1986 et dépourvues d'effet juridique, comme les mises en garde ou les recommandations préalables.

La requérante rappelle qu'une décision SIRTI rendue le 6 mai 2021 (5/6, n° 435540, B) retient que lorsque le CSA ne fait pas droit à une demande de mise en demeure dont le saisit un plaignant et se borne à adresser à l'opérateur une telle mise en garde, après avoir constaté

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

un manquement à ses obligations, le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle restreint sur le choix par l'autorité d'une telle mesure.

Elle vous invite à transposer cette jurisprudence dans l'hypothèse où c'est le destinataire de la mise en demeure qui conteste cette décision en faisant valoir qu'une mise en garde aurait été suffisante.

Selon l'ARCOM, au contraire, une fois le manquement constaté, le juge de l'excès de pouvoir n'aurait pas à s'interroger sur le point de savoir si les faits étaient suffisamment graves pour justifier une mise en demeure.

- Pour notre part, il nous semble que l'argumentation de la société n'est pas inopérante et qu'elle doit être examinée dans le cadre du contrôle normal que vous exercez traditionnellement, et de façon globale, sur le point de savoir si les faits reprochés à l'opérateur justifient une mise en demeure.

Voyez par exemple votre décision SESI du 16 juin 2021 (n° 438000, C), dans laquelle vous jugez qu'en estimant que la requérante avait manqué à ses obligations de maîtrise de l'antenne et en la mettant en demeure de s'y conformer pour l'avenir, le CSA n'a pas fait une inexacte application des pouvoirs qu'il tient de l'article 42 de la loi de 1986. Vous avez très récemment repris cette formulation dans une décision Société Diversité TV du 29 novembre dernier (n° 452762, 452763, C).

Il n'y a donc pas lieu de distinguer, comme le fait la société, entre un contrôle normal sur l'existence du manquement et un contrôle restreint sur l'adéquation de la mise en demeure au manquement constaté[7].

La portée de votre contrôle est donc en partie différente de celle que vous exercez sur les décisions de refus de prononcer une mise en demeure mais l'existence d'un tel contrôle asymétrique est parfaitement assumée. Comme le relevait V. Pécresse dans ses conclusions sur votre décision SACD du 23 avril 1997 (n°131688, A), qui pose le principe d'un contrôle restreint sur de telles décisions de refus, vous exercez en effet traditionnellement un contrôle

[7] Même s'il est vrai que le fichage de la décision SIRTI, qui se réfère à un contrôle restreint « sur l'usage de ce pouvoir », pourrait laisser penser que la solution a une portée plus générale et vaut également dans l'hypothèse inverse où c'est l'opérateur qui conteste la mise en demeure.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

entier sur les décisions par lesquelles l'administration fait usage d'une faculté et un contrôle minimum lorsqu'elle refuse d'en faire usage.

▪ Pour autant, lorsque le manquement a été constaté, il nous semble que le choix de la mise en demeure ne pourra en pratique que très rarement donner lieu à contestation, eu égard à l'objet d'une telle mesure.

Ainsi que le résumait le président Frydman dans ses conclusions sur une décision Société La Cinq du 19 janvier 1990 (n° 87314, 87315, B) : « *s'intercalant entre les faits et leur sanction, est appelée à jouer, mutatis mutandis, en matière administrative, le rôle qui serait, en matière répressive, celui d'un article du code pénal – en tant que celui-ci définit l'infraction* ». Il s'agit ainsi d'empêcher la réitération du manquement en éclairant le titulaire d'une autorisation sur ses obligations (V. par ex. CE 18 juin 2018, n° 412071, Société C8) et en formalisant une mise en garde sur un comportement qui ne doit pas perdurer.

La circonstance que l'opérateur n'avait pas été préalablement rappelé à ses obligations en raison des mêmes faits ne sera donc que rarement déterminante – sauf hypothèse très particulière où, par exemple, il aurait été induit en erreur par le régulateur.

▪ Or, en l'espèce, contrairement à ce qui est soutenu, le CSA n'a jamais admis le principe de la déduction des services de presse en ligne au cours de ses échanges préalables avec le groupe et pour le reste, la décision prise était d'autant plus justifiée que les sommes non versées au titre de la contribution, de l'ordre de 11 millions d'euros, sont importantes.

La société étant désormais informée du manquement légal, on conçoit mal dans ces conditions ce qui justifierait qu'un nouveau manquement de même nature ne puisse être sanctionné.

PCM : rejet du recours

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.