RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
Liberté
Égalité
Fraternité

ÉTUDE D'IMPACT

PROJET DE LOI

relatif à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique

NOR : MICE2106504L/Bleue-1

7 avril 2021

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE **5**

TABLEAU SYNOPTIQUE DES CONSULTATIONS 7

TABLEAU SYNOPTIQUE DES MESURES D'APPLICATION 10

TABLEAU D'INDICATEURS 11

CHAPITRE I – DISPOSITIONS VISANT À FUSIONNER LE CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL ET LA HAUTE AUTORITÉ POUR LA DIFFUSION DES ŒUVRES ET LA PROTECTION DES DROITS SUR INTERNET AU SEIN DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE ET NUMÉRIQUE ET À RENFORCER LA LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON SUR INTERNET **12**

SECTION 1ER – DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LE CODE DU SPORT 12

Articles 1er et 19 : Fusion du CSA et de la HADOPI 12

Articles 1er et 19 : Évolution des missions de l'ARCOM 22

Article 2 : Droit voisin des organismes de radiodiffusion 57

Articles 3 et 10 : Lutte contre le piratage des contenus sportifs en direct 64

SECTION 2 – DISPOSITIONS MODIFIANT LA LOI N° 86-1067 DU 30 SEPTEMBRE 1986 RELATIVE À LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION 77

Articles 4 et 7 : Reprise par l'ARCOM des missions de la HADOPI et mission générale de l'ARCOM en matière de propriété littéraire et artistique 77

Articles 5, 6 et 20 : Composition de l'ARCOM 81

CHAPITRE II – DISPOSITIONS RELATIVES AUX POUVOIRS ET COMPÉTENCES DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE ET NUMÉRIQUE **89**

Article 8 : Missions générales de l'ARCOM et procédure de conciliation 89

Article 9 : Pouvoirs d'information et d'enquête de l'ARCOM 94

Article 11 : Échanges d'information entre l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique et l'Autorité de la concurrence 99

Articles 12 à 16 : Sanctions administratives de l'ARCOM 103

CHAPITRE III – DISPOSITIONS RELATIVES À LA PROTECTION DE L'ACCÈS DU PUBLIC AUX ŒUVRES CINÉMATOGRAPHIQUES ET AUDIOVISUELLES **117**

Article 17 : Protection de l'accès du public aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles 117

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS DIVERSES, TRANSITOIRES ET FINALES **124**

SECTION 1 – DISPOSITIONS DIVERSES 124

Article 18 : Nouvelle dénomination de l'ARCOM 124

SECTION 3 – DISPOSITIONS FINALES _____ 127
Article 21 : Application outre-mer _____ 127

INTRODUCTION GÉNÉRALE

La Culture a joué un rôle incontournable durant la crise sanitaire, permettant aux Français de surmonter la période de confinement, la culture numérique ayant pris *de facto* le relais de la fréquentation physique. Il ressort ainsi d'un baromètre réalisé en cinq vagues entre avril et mai 2020 par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), que le premier confinement aura été marqué par une hausse très significative du nombre de consommateurs, mais aussi par une augmentation de la fréquence de la consommation de l'ensemble des biens culturels dématérialisés.

La crise sanitaire a par ailleurs coïncidé avec la publication, en juillet 2020, de l'étude décennale sur les pratiques culturelles des Français. Cette étude montre la singularité des jeunes générations au sein desquelles les pratiques numériques sont devenues majoritaires, qu'il s'agisse de l'écoute de musique en ligne, de la consultation quotidienne de vidéos en ligne, des réseaux sociaux ou encore des jeux vidéo, au détriment des médias historiques.

Ces mutations, aux nombreux effets positifs, peuvent également été porteuses de dangers pour notre modèle culturel, notamment en raison de la persévérance de pratiques de piratage à un niveau significatif.

Le dernier baromètre de la consommation de biens culturels dématérialisés de la HADOPI laisse ainsi apparaître que la période du premier confinement a interrompu la baisse de la consommation illicite observée depuis 2018, en raison, d'une part, d'une croissance continue du nombre d'abonnés à des offres légales, en particulier à des services de vidéo à la demande par abonnement, et, d'autre part, du renforcement de la politique de lutte contre le piratage menée par les pouvoirs publics et les ayants droit. La forte augmentation de la consommation de biens culturels dématérialisés observée pendant cette période s'est en effet accompagnée d'une hausse des pratiques illicites, ce qui appelle à un maintien de la vigilance.

Le présent projet de loi vise donc à accompagner les internautes dans leurs pratiques numériques vers des usages responsables, notamment au regard des règles de propriété intellectuelle. La lutte contre le piratage se voit renforcée par plusieurs dispositions de fond qui s'articulent autour de quatre axes : dresser une « liste noire » des sites internet dont le modèle économique repose sur l'exploitation massive de la contrefaçon, permettre de lutter plus efficacement contre les « sites miroirs », renforcer la protection des radiodiffuseurs à l'égard de la diffusion non autorisée de leurs programmes sur Internet et consacrer un dispositif spécifique de référé pour lutter contre le piratage sportif.

Pour s'assurer d'une application efficace du nouveau cadre ainsi posé, le projet de loi procède à une rénovation de grande ampleur de la régulation et du rôle des régulateurs qui en sont chargés, en particulier à travers la fusion du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et de la HADOPI au sein d'un organe unique, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM).

En vue de garantir le maintien et le développement constant d'une offre légale continûment accessible au public, le projet de loi instaure également un dispositif nouveau de protection des catalogues d'œuvres audiovisuelles.

En principe, les œuvres produites et détenues par des producteurs français sont soumises à l'obligation d'exploitation suivie prévue par l'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle et précisée par un accord du 3 octobre 2016 rendu obligatoire par un arrêté du 7 octobre 2016. Selon cet accord, le producteur est tenu de conserver en bon état les éléments techniques de l'œuvre et de rechercher l'exploitation suivie de celle-ci, afin de faire ses meilleurs efforts pour garantir qu'elle puisse demeurer accessible au public français.

Les œuvres qu'au fil des années, souvent des décennies, les entreprises de production établies en France ont ajouté à des catalogues parfois majeurs de l'histoire du cinéma et de l'audiovisuel peuvent ainsi continuer à être accessibles au public. Ces œuvres ont d'ailleurs, très souvent, bénéficié de soutiens publics, notamment du Centre national du cinéma et de l'image animée. Elles sont les fruits d'une politique culturelle menée avec constance, depuis plus de soixante ans, par les pouvoirs publics français, en faveur de l'excellence de la création française et des savoir-faire de ses auteurs et de ses techniciens, de la conservation durable des films et du patrimoine, de leur restauration ainsi que de la diffusion puis de l'accessibilité permanente des œuvres au bénéfice de tous les publics.

Il ne fait pas de doute que, dans les années à venir, plusieurs catalogues présentant un intérêt historique et patrimonial pourraient faire l'objet d'offres d'acquisition. Certains, d'importance moyenne, ont d'ores et déjà fait l'objet d'un rachat agressif. D'autres, parmi les plus importants, sont soumis à un fort aléa lié à leur situation sur le plan capitalistique.

Il existe, à ce titre, un risque substantiel que l'exploitation continue d'une partie des œuvres concernées ne soit plus assurée, tant au détriment du public, qui ne pourrait plus y accéder, que de leurs auteurs, qui seraient privés des ressources correspondantes. Il n'est pas envisageable qu'à la suite de rachats prédateurs, les Français soient privés d'un grand nombre des films et d'œuvres audiovisuelles qui font la diversité de notre culture et de la culture européenne et qui, de surcroît, incorporent dans leur investissement initial une fraction de fonds publics.

Le présent projet de loi vise donc à établir les conditions de garantie de l'exploitation suivie en France de ces œuvres, en élargissant le champ de l'obligation de recherche d'exploitation suivie prévue par l'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle à des personnes qui n'y sont, en principe, pas soumises dès lors qu'elles n'ont pas la qualité de producteur. Ce dispositif permet à l'administration de contrôler la cession d'une ou plusieurs œuvres entrant dans le périmètre de la transaction afin de veiller qu'elles restent accessibles au public.

TABLEAU SYNOPTIQUE DES CONSULTATIONS

Article	Objet de l'article	Consultations obligatoires	Consultations facultatives
1er	Fusion du CSA et de la HADOPI au sein de l'ARCOM et renforcement des moyens de lutte contre le piratage en ligne	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse	Conseil supérieur de l'audiovisuel Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
2	Renforcement du droit voisin de organismes de communication audiovisuelle		Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Conseil supérieur de l'audiovisuel Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
3	Lutte contre le piratage des contenus sportifs diffusés en direct	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse	Conseil supérieur de l'audiovisuel Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
4	Reprise par l'ARCOM des missions de la HADOPI et mission générale de l'ARCOM en matière de propriété littéraire et artistique	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
5	Composition de l'ARCOM	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
6	Composition de l'ARCOM	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
7	Rapport annuel de l'ARCOM	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
8	Mission générale de l'ARCOM et procédure de conciliation	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
9	Pouvoirs d'information et d'enquête de l'ARCOM	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse

Article	Objet de l'article	Consultations obligatoires	Consultations facultatives
			Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
10	Consécration du rôle de l'ARCOM en matière de lutte contre le piratage sportif		Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Conseil supérieur de l'audiovisuel Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
11	Echanges d'information entre l'ARCOM et l'ADLC	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
12	Sanctions administratives	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
13	Sanctions administratives	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
14	Sanctions administratives	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
15	Sanctions administratives	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
16	Sanctions administratives	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
17	Protection de l'accès du public aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles		
18	Modification de la dénomination du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) qui devient l'Autorité	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres

Article	Objet de l'article	Consultations obligatoires	Consultations facultatives
	de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM)		et la protection des droits sur internet
19	Disposition transitoire pour la mise en œuvre de la fusion entre le CSA et la HADOPI		Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
20	Composition de l'ARCOM : dispositions transitoires	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
21	Application outre-mer	Conseil supérieur de l'audiovisuel	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet

TABLEAU SYNOPTIQUE DES MESURES D'APPLICATION

Article	Objet de l'article	Textes d'application	Administration compétente
1er	Fusion du CSA et de la HADOPI au sein de l'ARCOM et renforcement des moyens de lutte contre le piratage en ligne	Décret en Conseil d'Etat	Ministère de la culture (SG)
2	Renforcement du droit voisin des organismes de radiodiffusion		
3	Lutte contre le piratage des contenus sportifs diffusés en direct		
4	Reprise par l'ARCOM des missions de la HADOPI et mission générale de l'ARCOM en matière de propriété littéraire et artistique		
5	Composition de l'ARCOM	Décret du Président de la République	Présidence de la République
6	Composition de l'ARCOM	Décret du Président de la République	Présidence de la République
7	Rapport annuel de l'ARCOM		
8	Mission générale de l'ARCOM et procédure de conciliation		
9	Pouvoirs d'information et d'enquête de l'ARCOM	Décret en Conseil d'Etat	Ministère de la culture (DGMIC)
10	Consécration du rôle de l'ARCOM en matière de lutte contre le piratage sportif		
11	Echanges d'information entre l'ARCOM et l'ADLC		
12	Sanctions administratives		
13	Sanctions administratives		
14	Sanctions administratives		
15	Sanctions administratives		
16	Sanctions administratives		
17	Protection de l'accès du public aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles	Décret simple et décret en Conseil d'Etat	Ministère de la culture (CNC)
18	Modification de la dénomination du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) qui devient l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM)		
19	Disposition transitoire pour la mise en œuvre de la fusion entre le CSA et la HADOPI		
20	Composition de l'ARCOM : dispositions transitoires		
21	Application outre-mer		

TABLEAU D'INDICATEURS

Indicateurs	Critères d'appréciation	Horizon temporel et périodicité	Modalités de suivi
Renforcer la visibilité et le référencement de l'offre légale auprès du public	Nombre de plateformes pouvant être regardées comme étant légales	Annuelle	Rapport annuel de l'ARCOM
Faciliter la lutte contre les sites diffusant illicitement des œuvres culturelles	Nombre de services de communication au public en ligne inscrits sur la liste prévue à l'article L. 331-24 du CPI	Annuelle	Rapport annuel de l'ARCOM
Renforcer la lutte contre la retransmission illicite de manifestations sportives	Nombre de notifications transmises par l'ARCOM en application du III de l'article L. 333-10 du code du sport	Annuelle	Rapport annuel de l'ARCOM
Garantir l'accessibilité pérenne au public des œuvres du patrimoine audiovisuel et cinématographique	Nombre d'œuvres exploitées sur les différents supports d'exploitation lorsqu'elles ont fait l'objet d'une cession	Annuelle	Analyse des déclarations préalables reçues par le ministère de la culture
Préservation des éléments techniques et adaptation de ceux-ci aux usages et évolutions technologiques	Nature des travaux de préservation engagés et des nouveaux supports de diffusion des œuvres disponibles	2 ans	Etude statistique portant sur les travaux techniques engagés, les aides à la numérisation et à la diffusion en ligne accordées et le référencement des œuvres disponibles en ligne

CHAPITRE I – DISPOSITIONS VISANT À FUSIONNER LE CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL ET LA HAUTE AUTORITÉ POUR LA DIFFUSION DES ŒUVRES ET LA PROTECTION DES DROITS SUR INTERNET AU SEIN DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE ET NUMÉRIQUE ET À RENFORCER LA LUTTE CONTRE LA CONTREFAÇON SUR INTERNET

SECTION 1ER – DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET LE CODE DU SPORT

Articles 1er et 19 : Fusion du CSA et de la HADOPI

1. ÉTAT DES LIEUX

La loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, dite loi « Création et Internet », et la loi n° 2009-1211 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet confient à la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale, le soin de remédier au piratage des œuvres musicales, cinématographiques et audiovisuelles sur les réseaux numériques, tout en garantissant le développement de l'offre légale sur ces mêmes réseaux.

1.1 LA GOUVERNANCE DE LA HADOPI

Pour mener à bien cette mission, la Haute Autorité dispose d'un collège et d'une commission de protection des droits.

1.1.1 Le Collège de la Haute Autorité

Le collège de la Haute Autorité est chargé d'une mission de veille et de régulation en matière de mesures techniques de protection et d'identification d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin. Au titre de cette mission, le collège de la Haute Autorité a compétence pour régler les litiges susceptibles de survenir :

- d’une part, entre les titulaires de droits d’auteur ou de droits voisins et les bénéficiaires de certaines exceptions à ces droits (exception de copie privée, exception pédagogique, exception de conservation pour les bibliothèques et exception en faveur des personnes en situation de handicap) ;

- d’autre part, entre les titulaires de droit de propriété intellectuelle sur les mesures techniques de protection des œuvres et les éditeurs de logiciels ou fournisseurs de services qui souhaitent développer de nouvelles mesures techniques compatibles et interopérables avec celles déjà utilisées sur le marché.

Le collège peut également être saisi pour avis par les personnes intéressées de toute question relative à l’interopérabilité des mesures techniques et à la mise en œuvre effective des exceptions.

Le collège de la Haute Autorité est par ailleurs chargé d’une mission d’encouragement au développement de l’offre légale, qu’elle soit ou non commerciale, sur les réseaux de communication électroniques. A ce titre, le collège est notamment chargé de labelliser les offres légales proposées par les fournisseurs de services de communication au public en ligne permettant aux usagers d’identifier clairement leur caractère légal. Les offres labellisées sont ensuite référencées sur un portail de référencement mis en place et actualisé par la Haute Autorité.

1.1.2 La commission de protection des droits

La commission de protection des droits est chargée de la mission relative à la protection des œuvres ou objets protégés sur les réseaux de communication au public en ligne. La loi du 12 juin 2009 confirme l’obligation, qui pèse sur les abonnés depuis la loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information, de veiller à ce que leur accès à internet ne fasse pas l’objet d’une utilisation aux fins de violer les droits de propriété littéraire et artistique, et incite à la mise en place des mesures de sécurisation de cet accès, qui leur sont proposées notamment par leurs fournisseurs d’accès.

Sur le fondement de cette obligation de surveillance, la loi du 12 juin 2009 vise à enrayer le piratage des œuvres sur internet en permettant à la commission de protection des droits de la Haute Autorité d’adresser aux titulaires d’abonnements à internet dont les accès ont été utilisés à des fins de piratage des recommandations pédagogiques.

La loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet du 28 octobre 2009 a complété ce dispositif en confiant au juge la possibilité de prononcer une sanction de suspension de l’accès à internet à l’encontre des internautes préalablement avertis, au moins à deux reprises, par la commission de protection des droits.

1.2 L'OPPORTUNITÉ DU RAPPROCHEMENT AVEC LE CSA

Par lettre de mission en date du 27 mars 2019, MM. Godefroy Beauvallet et Jean-Yves Ollier ont ainsi été chargés d'une mission de réflexion sur l'opportunité de rapprochements structurels entre les autorités administratives indépendantes du numérique. Le rapport issu de ces réflexions – « L'Organisation de la régulation de la communication et des plateformes » (24 juin 2019) – décrit les inconvénients et les avantages des différents scénarios de rapprochement possibles et formule des propositions opérationnelles. Le rapport relève que le paysage de la régulation du numérique est fragmenté entre de nombreux acteurs dont les compétences respectives sont fondées sur des logiques sectorielles.

Le périmètre général des compétences du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) se rapporte au champ d'application de la liberté de la communication à laquelle il lui appartient de veiller. Ce périmètre est néanmoins en cours d'évolution et doit ainsi être redéfini en cohérence avec ses récentes missions relatives à la lutte contre la manipulation de l'information[1] et la lutte contre les contenus haineux[2]. La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les réflexions doctrinales font apparaître que la portée, les équilibres et les limites de la liberté de communication sur internet à laquelle il aura pour mission de veiller, doivent évoluer avec les caractéristiques et les usages d'internet.

Le périmètre général des compétences de la HADOPI se rapporte à la protection de la propriété intellectuelle. Comme cela a été indiqué précédemment, la HADOPI est chargée d'exercer une mission de soutien au développement de l'offre légale, une mission de protection des œuvres, via la procédure de « réponse graduée », et une mission de régulation des mesures techniques de protection.

Or, ce cadre de régulation des communications sectoriel est aujourd'hui confronté à des défis liés au développement et au pouvoir des plateformes et à de nouveaux usages. L'évolution d'internet depuis le milieu des années 2000 est marquée par la concentration de l'usage autour d'un nombre limité de plateformes dominantes (moteurs de recherche, réseaux sociaux, agrégateurs de presse, places de marché). Le développement de ces plateformes a notamment remis en cause la pertinence du cadre de régulation de l'audiovisuel et celui de la protection du droit d'auteur, en bouleversant l'économie des contenus, avec le développement de la télévision sur l'internet ouvert (services « over the top » ou OTT), l'essor des plateformes de vidéo à la demande (Netflix, qui représentait 14 % du trafic sur internet en France en 2017) ou de partage de vidéos (comme YouTube) et l'essor des contenus audiovisuels en streaming.

---

[1] (cf. article 12 de la loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information)

2 (cf. article 16 de la loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, qui institue un observatoire de la haine en ligne placé auprès du CSA, ainsi que les dispositions qui pourraient lui conférer de nouveaux pouvoirs en la matière à l'issue de l'examen du projet de loi confortant le respect des principes de la République)

La directive 2018/1808 du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché et la directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE répondent en partie à ces difficultés, notamment en vue de garantir un meilleur partage de la valeur liée à l'exploitation des œuvres sur les plateformes.

Le rapport précité relève que « les liens entre les nouvelles compétences du CSA et de la HADOPI sont forts : même objectif général, régulation tournée vers les mêmes acteurs, ainsi que vers les usagers, et des modalités de régulation potentiellement similaires. Ces régulations reposeront à des degrés divers sur la supervision de la régulation interne mise en place par les plateformes (Conditions générales d'utilisation (CGU), transparence, ergonomie des sites, algorithmes et mesures techniques, modération, voies de recours) et sur la responsabilisation de celles-ci ».

Enfin, les deux institutions ont déjà un champ de compétence commun dans le domaine de la propriété intellectuelle. Le Code de la propriété intellectuelle confie en effet au CSA, comme à la HADOPI, la mission de veiller à ce que la mise en place de mesures techniques de protection ne fasse pas obstacle à l'exercice de l'exception pour copie privée. L'exception pour copie privée constitue une hypothèse dans laquelle l'auteur, pour des raisons notamment fondées sur le respect de certaines libertés fondamentales et l'intérêt général, ne peut interdire la reproduction de son œuvre une fois celle-ci divulguée, moyennant une compensation financière. Il incombe ainsi au CSA de veiller à ce que les éditeurs et les distributeurs de services de télévision ne recourent pas à des mesures techniques qui auraient pour effet de priver le public du bénéfice de l'exception pour copie privée, y compris sur un support et dans un format numérique. La loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine a étendu la compétence de règlement des différends du CSA aux conventions entre éditeurs et distributeurs pour définir les fonctionnalités de stockage des services d'enregistrement à distance (*Network Personal Video Recorder* – nPVR). La HADOPI est chargée de garantir le bénéfice de cette exception dans les autres hypothèses.

Par suite, l'article 22 du projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique proposait de fusionner le CSA et la HADOPI, le nouvel ensemble devenant l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique.

Dans la perspective de l'adoption de ce projet de loi, les présidents du CSA et de la HADOPI ont signé le 13 janvier 2020 une convention instaurant une mission de préfiguration de la fusion des deux autorités. Cette mission est chargée de veiller à ce que les compétences et les capacités d'expertise des deux autorités soient pleinement valorisées au sein de l'ARCOM, en prenant en compte les nouvelles missions qui pourront être confiées à l'autorité fusionnée par le législateur. Elle s'attache à mobiliser les équipes des deux institutions autour de ce projet et à tenir régulièrement informés de ses travaux les représentants du personnel.

Le projet de loi a été examiné par la commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale du 2 au 5 mars 2020. Cependant, la crise sanitaire liée à l'épidémie de covid-19 n'a pas permis la poursuite de l'examen de ce texte au Parlement.

2. NÉCESSITE DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1 NÉCESSITE DE LÉGIFÉRER

Le souhait de rationaliser le paysage des autorités administratives et autorités publiques indépendantes (AAI) n'est pas nouveau et a fait l'objet de différents rapports parlementaires depuis le début des années 2000. Il a notamment conduit, en janvier 2017, à l'adoption d'une loi portant statut général des autorités publiques et des autorités administratives indépendantes. De plus, plusieurs rapports ont proposé la fusion du CSA et de la HADOPI dans une politique plus générale de régulation de l'offre audiovisuelle et culturelle, tous médias confondus, dans le contexte de la convergence numérique[3] ou pour créer une autorité unique de régulation des contenus audiovisuels[4]. En effet, les adhérences entre les nouvelles compétences du CSA et de la HADOPI sont fortes : des objectifs généraux communs, une régulation tournée vers les mêmes acteurs, ainsi que vers les usagers, et des modalités de régulation potentiellement similaires.

Cette fusion répond également à l'objectif de veiller au développement de la production et de la création audiovisuelles[5], en regroupant, une plus large part des compétences de régulation qui s'y attachent au sein d'une même autorité (aux côtés du CNC, du ministère de la culture, et de l'autorégulation). A travers la lutte contre le piratage et l'orientation des usages vers les offres licites, elle contribuera à l'extension des compétences de régulation de l'économie de la communication des contenus audiovisuels (et plus largement des œuvres protégées) du CSA au-delà du champ des relations entre les acteurs de la chaîne de valeur classique (producteurs, éditeurs de programmes et les distributeurs). Elle s'articule à cet égard avec les dispositions de la directive SMA concernant les SMAD, qui permettent d'appliquer le principe du pays de destination pour les obligations financières et de soumettre des plateformes de VOD à des obligations d'investissement, et de la directive 2019/790, qui permettent de clarifier les modalités d'application du droit d'auteur aux plateformes de partage d'œuvres protégées.

L'intervention du législateur permettra également de répondre à des problématiques de gouvernance de la HADOPI[6]. En effet, la construction bicéphale de la HADOPI, partagée entre

---

[3] rapport de la Mission « Acte II de l'exception culturelle – Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique » de Pierre Lescure de mai 2013

[4] rapport d'information déposé par Mme Aurore Bergé au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation de l'Assemblée nationale en octobre 2018 (« Mission d'information sur une nouvelle régulation de la communication audiovisuelle à l'ère numérique »)

[5] fixé par la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

[6] identifiées dans un rapport du Sénat du 8 juillet 2015 (« La HADOPI : totem et tabou »)

le collège et la commission de protection des droits rend difficile tout objectif de gestion unifiée comme, pour les personnels, de sentiment d'appartenance à une même instance. Une modification substantielle de sa gouvernance et d'une simplification de son organigramme apparait nécessaire.

2.2 OBJECTIFS POURSUIVIS

Outre la rationalisation des AAI, la fusion du CSA et de la HADOPI permet de prendre en compte la proximité croissante entre les objectifs et les modalités de régulation de ces deux autorités. À cet égard, la lutte contre le téléchargement non autorisé d'œuvres protégées n'est qu'un aspect d'une politique plus générale de protection des droits et de régulation des contenus sur Internet.

La mise en commun des moyens administratifs et logistiques entre le CSA et la HADOPI permettra également de renforcer l'efficacité de la mise en œuvre de leurs missions respectives.

3. OPTIONS ENVISAGEES ET DISPOSITIF RETENU

3.1 OPTIONS ENVISAGÉES

Une première option consisterait à encourager la coopération spontanée entre le CSA et la HADOPI.

Cette option impliquerait une coopération étroite des deux autorités, qui, compte tenu des adhérences entre leurs nouvelles missions, devrait aller bien au-delà de leurs coopérations actuelles. Elle devrait désormais concerner la conception et la mise en œuvre des outils des nouvelles régulations dont elles seront chargées. Elle supposerait par ailleurs des échanges institutionnalisés entre les deux collèges (délibérations communes ou participations croisées) et une mutualisation poussée prenant la forme d'un service commun, qui engloberait une large part des effectifs de la HADOPI.

Le rapport de MM. Beauvallet et Ollier précité considère que, appliquée à une petite structure comme la HADOPI, une coopération institutionnelle forte soulèverait des questions de gouvernance, d'organisation et de gestion des ressources humaines significatives et des éléments de complexité, sans permettre d'obtenir tous les bénéfices de la fusion (en particulier du point de vue de la gestion administrative et de la cohérence globale de la régulation des contenus).

Une seconde option, consisterait à fusionner le CSA et la HADOPI. Une telle fusion présenterait des avantages substantiels par rapport à un scenario de coopération institutionnalisée.

Outre l'intérêt des économies d'échelle, modestes mais réelles, qui pourraient être ainsi réalisées (loyer, mais surtout rationalisation des fonctions support), cette option permettrait de répondre aux adhérences entre les nouvelles missions de régulation liées à la lutte contre les contenus illicites sur internet en incarnant institutionnellement les ambitions des politiques publiques en la matière. Elle contribuerait également à l'application d'une régulation plus cohérente à l'audiovisuel et aux contenus en ligne, et à la garantie de la liberté de communication et des droits fondamentaux avec lesquels elle doit s'articuler.

3.2 Dispositif retenu

Les nouvelles missions du CSA ont en commun avec celles de l'HADOPI d'impliquer une articulation entre les interventions du juge et du régulateur et de confier à celui-ci un rôle de supervision reposant sur la responsabilisation des plateformes et sur des mécanismes de conformité (« compliance ») et dessinent de fortes adhérences entre les deux autorités : elles ont des objectifs communs (lutte contre les contenus illicites, développement de la création, pluralisme) et visent les mêmes plateformes, avec le même type d'outils de régulation.

Le projet de loi propose donc de fusionner les deux autorités au sein de l'ARCOM et de lui confier l'ensemble des missions actuelles de la HADOPI.

S'agissant de la procédure de réponse graduée, sa mise en œuvre est actuellement confiée à la commission de protection des droits, composée d'un membre du Conseil d'État, d'un membre de la Cour de Cassation et d'un membre de la Cour des comptes. La création de la commission de protection des droits répond à la préoccupation politique, au regard de la sensibilité des atteintes à la vie privée et à la liberté de communication induites par cette procédure de réponse graduée, de confier celle-ci à trois personnes exerçant des fonctions juridictionnelles et présentant à ce titre des compétences et des garanties d'indépendance particulière. Elle traduit également la préoccupation juridique de garantir l'impartialité de cette commission, y compris à l'égard du collège.

Néanmoins, comme le relève le rapport de MM. Beauvallet et Ollier, la commission de protection des droits n'est pas une instance de sanction ni même de poursuite, mais une commission d'instruction. La séparation des organes de décision au sein de la HADOPI n'est donc justifiée par aucune raison juridique, notamment le principe constitutionnel de séparation entre les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et les fonctions de jugement des mêmes manquements.

Afin de préserver des garanties importantes en faveur de la protection des libertés individuelles, le projet de loi prévoit toutefois de confier la mission de protection des droits à deux membres, titulaire et suppléant, du collège présentant des garanties spécifiques puisqu'ils seraient désignés par le vice-président du Conseil d'Etat et le premier président de la Cour de cassation.

Ce choix n'induit aucunement une construction bicéphale de l'ARCOM, partagée entre son collège et le membre chargé de la mission de protection des droits. Il importe, au contraire, que

la gouvernance de l'institution reste unifiée, tant dans sa structure comme dans son mode de fonctionnement.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGEES

4.1 IMPACTS JURIDIQUES

Le projet de loi modifie l'ensemble des dispositions visant la HADOPI et définissant ses missions au sein du Code de la propriété intellectuelle : sont principalement concernés les articles L. 331-5 à L. 331-37 du code.

L'article 1er du projet de loi procède, par ailleurs, à des modifications de coordination au sein du Code du cinéma et de l'image animée (articles 111-3 et L. 411-2 du code du cinéma et de l'image animée), du code des postes et des communications électroniques (article 34-1) et de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (article 6 I) qui font mention de la Haute Autorité.

4.2 IMPACTS ÉCONOMIQUES ET FINANCIERS

En 2018, le budget de la HADOPI était de 9,4 M€ et celui du CSA de 37,6 M€. La convention de janvier 2020 instaurant une mission de préfiguration de la fusion de la HADOPI et du CSA prévoit d'évaluer l'impact budgétaire de cette fusion pour l'exercice 2021.

Dans le respect de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des Autorités administratives indépendantes (AAI) et les Autorités publiques indépendantes (API), des mesures de mutualisation entre les services de la HADOPI, du CSA et les services d'autres autorités administratives ont porté leurs fruits dans quelques secteurs identifiés : les achats, les ressources humaines et les études.

La fusion du CSA et de la HADOPI permettra d'officialiser la mutualisation des services supports des deux autorités.

4.3 IMPACTS SOCIAUX

Les profils des agents du CSA et de la HADOPI sont comparables en ce qui concerne les parts respectives des fonctionnaires et des agents en CDD et en surtout CDI, et la présence d'une part significative d'agents de catégorie B et C (sensiblement plus importante au sein de la HADOPI)[7].

[7] Rapport de MM. Beauvallet et Ollier

La rémunération moyenne des agents de la HADOPI est supérieure. L'âge moyen est de 38 ans à la HADOPI. Il est plus élevé au CSA. Le turnover des agents est limité dans les deux autorités (de l'ordre de 10 % ou inférieur).

2018	CSA/Hadopi (ETPT)	%	ARCEP (ETPT)	%
Fonctionnaires	38	11,00 %	42	24 %
CDD	115	34 %	73	42 %
CDI	184	55 %	57	33 %
Catégorie A	241	72 %	143	83 %
Catégorie B	75	22 %	29	17 %
Catégorie C	21	9,00 %	0	0 %
Total	337		172	
Dépenses de personnel	28 040 000		15 571 000	
Moyenne par ETPT	83 205		83 140	

Rapport : « L'Organisation de la régulation de la communication et des plateformes », page 133.

La fusion du CSA et de la HADOPI au sein de l'ARCOM permet d'éviter que cette opération ne soit perçue ou vécue par les personnels comme l'absorption d'une organisation par l'autre. Il s'agit d'un élément de motivation et de valorisation pour les personnels, la fusion étant conçue comme un projet de transformation des deux organisations existantes. Les personnels pourront ainsi se voir offrir de nouvelles perspectives d'évolution professionnelle, se former en vue d'une telle évolution.

Dans le cadre de la convention instaurant une mission de préfiguration de la fusion des deux autorités, les deux AAI se sont engagées à apporter un soin particulier à la dimension sociale de l'opération de fusion. A cette fin, les représentants syndicaux et les instances représentatives du personnel sont régulièrement tenues informés de l'état des travaux de la mission de préfiguration.

5. CONSULTATIONS ET MODALITÉS D'APPLICATION

5.1 CONSULTATIONS MENÉES

Ces dispositions sont soumises à l'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et, à titre facultatif, à l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

5.2 MODALITÉS D'APPLICATION

5.2.1 Application dans le temps

La fusion des deux autorités sera effective le premier jour du troisième mois suivant celui de la publication de la loi au Journal officiel de la République française.

L'article 19 du projet de loi précise qu'à l'issue de ce délai, la HADOPI sera dissoute et ses biens seront transférés à l'ARCOM. Cette dernière se trouvera dès lors substituée à la HADOPI dans ses droits et obligations, y compris ceux issus des contrats de travail.

5.2.2 Application dans l'espace

La mesure envisagée s'applique en France métropolitaine et dans les îles Wallis-et-Futuna.

5.2.3 Textes d'application

La mise en œuvre de cette disposition nécessite l'adoption d'un décret en Conseil d'Etat.

Articles 1er et 19 : Évolution des missions de l'ARCOM

1. ÉTAT DES LIEUX

1.1 CADRE GÉNÉRAL : LE DÉVELOPPEMENT DE L'OFFRE LÉGALE ET L'OBSERVATION DES USAGES LICITES ET ILLICITES

1.1.1 Une consommation illicite importante

L'impact de la contrefaçon reste très important sur toutes les filières de la création. La consommation illégale de contenus audiovisuels génère un manque à gagner pour la filière cinématographique et audiovisuelle française de 1,18 milliards d'euros. Ce manque à gagner est de 408 millions d'euros pour l'État en termes de recettes fiscales : 40 % de TVA non perçue, 25 % de manque à gagner sur l'impôt sur les sociétés, 25 % d'IRPP et 10 % de charges sociales, patronales et salariales. 11,6 millions de personnes consomment illégalement du contenu par mois[8].

La consommation de sites illicites est en baisse mais reste à des niveaux importants. Chaque mois, 15,4 millions d'internautes se connectent au moins une fois à un site dédié à la contrefaçon audiovisuelle. 760 millions de vidéos se trouvent ainsi consommées illégalement sur l'ensemble de l'année[9].

Le manque à gagner économique issu de la consommation illicite de contenus est évalué à 1,03 milliard d'euros pour l'ensemble des acteurs de la filière audiovisuelle. Si le manque à gagner pour le cinéma en salle reste modéré, l'expérience en salle de cinéma étant souvent dissociée du visionnage des films à domicile, la consommation de contenus audiovisuels à l'acte est fortement touchée par la consommation illicite, avec un manque à gagner pour les marchés de la vente physique de DVD et de la vidéo à la demande évalué respectivement à 76 % et 63 % du chiffre d'affaires pour l'année 2019[10].

En 10 ans, la population internaute a significativement augmenté, passant de près de 40 millions à plus de 50 millions de personnes. La proportion de cette population ayant des usages illicites est passée de près d'un tiers à moins d'un quart d'utilisateurs de services illégaux. Cette baisse globale s'explique par l'évolution de l'offre légale et la montée en puissance de l'offre

---

[8] Seconde étude publiée en juin 2018 par l'institut EY sur le piratage de contenus audiovisuels en France

[9] Etude menée par l'institut Médiamétrie pour le compte de l'Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle (ALPA) et du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC) sur « La consommation illégale de vidéos en France en 2018 »

[10] Etude sur « l'impact économique de la consommation illicite en ligne de contenus audiovisuels et de retransmissions d'événements sportifs », présentée par la HADOPI en décembre 2020

numérique (télévision de rattrapage et explosion des services de vidéo à la demande par abonnement), ainsi que par les actions de lutte contre le piratage mises en œuvre depuis de nombreuses années par les ayants droit et les pouvoirs publics.

Mais en valeur absolue cette baisse est limitée puisque, en 2019, l'étude de la HADOPI dénombre encore 22 % des internautes ayant des usages audiovisuels illicites, soit 11,8 millions d'internautes. Le film est le contenu le plus consommé par les internautes ayant des usages audiovisuels illicites (80 %), devant les séries (73 %), qui comptent souvent parmi les contenus les plus consommés de manière illicite en volume.

Alors que la majorité des consommateurs de contenus audiovisuels illicites en consomment très occasionnellement (50 % des consommateurs illicites consomment illégalement moins d'une fois par mois), 34 % en consomment toutes les semaines et 18 % déclarent en consommer tous les jours ou presque.

Par ailleurs, la HADOPI[11] a relevé que la période du premier confinement, lié à la crise sanitaire, a interrompu la baisse de la consommation illicite observée depuis 2018. La forte augmentation de la consommation de biens culturels dématérialisés s'est accompagnée durant le confinement du printemps 2020 d'une hausse des pratiques illicites, les portant jusqu'à 28 % des internautes lors de la quatrième semaine du premier confinement, contre 21 % au début de cette période. En moyenne en 2020, 26 % des internautes déclarent des pratiques illicites.

Ce baromètre souligne que cette augmentation de la fréquence de consommation illicite concerne plusieurs catégories de biens : les séries TV (57 % des consommateurs illicites de séries TV ont recours aux sites illicites au moins une fois par semaine pour ce type de bien), les livres (49 %) et les films (43 %).

1.1.2 Développement de l'offre légale

Lors des débats parlementaires relatifs à la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, le Parlement s'est montré attentif à ce que le texte tienne un juste équilibre entre créateurs et usagers des œuvres, et tende à favoriser le développement d'une offre culturelle diversifiée et accessible.

Le législateur a ainsi confié à la HADOPI la mission d'encourager le développement de l'offre légale et d'accompagner les consommateurs vers les usages licites, notamment à travers sa mission de labellisation de l'offre légale.

L'objectif est triple : il s'agit à la fois de valoriser celles des offres qui se montrent respectueuses du droit des créateurs, de faciliter le travail des intermédiaires qui référencent ou agrègent les services offerts aux internautes et de renseigner les consommateurs qui peinent souvent à juger de la légalité d'une offre en ligne.

[11] baromètre de la consommation de biens culturels dématérialisés 2020, présenté en février 2021

Au titre de cette mission générale, le collège de la Haute Autorité est chargé, d'une part, de publier des indicateurs annuels sur l'utilisation licite et illicite d'œuvres et, plus largement, de rendre compte du développement de l'offre légale, d'autre part, de labelliser, de manière périodique, les offres légales proposées par les fournisseurs de services de communication au public en ligne permettant aux usagers d'identifier clairement leur caractère légal et de mettre en valeur ces offres via un portail de référencement.

Enfin, le collège de la HADOPI est chargé d'apporter une expertise technique en évaluant les expérimentations menées dans le domaine des technologies de reconnaissance des contenus et de filtrage et en identifiant et en étudiant les modalités techniques permettant les usages illicites.

La procédure d'évaluation et de labellisation de l'offre légale est encadrée par les articles L. 331-23 et R. 331-47 et s. du Code de la propriété intellectuelle (CPI). Ce label doit permettre aux internautes d'identifier clairement le caractère légal des offres en ligne portant sur des œuvres et objets protégés par un droit de propriété intellectuelle.

Aux termes de l'article R. 331-47 du CPI, la demande de labellisation adressée à la HADOPI, par les personnes proposant une offre de diffusion de contenus culturels et qui désirent mettre en avant le caractère légal de cette offre, doit notamment préciser la liste des œuvres composant l'offre sur laquelle porte la demande de labellisation, la nature du service proposé aux usagers (téléchargement de titres et/ou lecture en continu à la demande) et une déclaration sur l'honneur selon laquelle l'ensemble des œuvres composant l'offre est et sera proposée avec l'autorisation des titulaires des droits.

La demande de labellisation recevable est publiée sur le site internet de la HADOPI, permettant aux éventuels titulaires de droit de s'y opposer. La Haute Autorité n'a toutefois pas compétence pour régler le litige qui intervient entre l'ayant-droit ayant formulé une objection et le candidat à la labellisation. Elle se contente de communiquer « sans délai » l'objection à l'auteur de la demande de labellisation et d'inviter les parties à trouver, dans un délai qu'elle fixe (maximum deux mois), un accord.

Au 1er mars 2014, une liste de 60 offres ayant reçu le label figurait sur le portail de référencement www.pur.fr, accessible depuis le site de la Haute Autorité. Cette offre labellisée était très diversifiée, que ce soit en termes de types d'œuvres (musique, films, séries, documentaires, jeux vidéo, photographies, etc.) ou en termes de modalités d'accès (œuvres gratuites ou payantes, à télécharger ou en flux continu, avec ou sans mesures techniques, sur ordinateurs, téléphones mobiles ou tablettes,…).

Pour autant, le nombre de plateformes labellisées est très restreint par rapport à l'offre existante. Cette situation découle principalement des conditions d'accès à la labellisation qui soulèvent d'importantes difficultés. La HADOPI n'étant pas compétente pour trancher les

questions de fond (originalité, titularité, droit moral, etc.) susceptibles d'être posées par les offres légales, elle ne peut procéder à un contrôle de légalité poussé de ces offres[12].

La mise en œuvre de cette mission de labellisation de l'offre légale a ainsi rencontré deux principales difficultés. La première difficulté tient à l'absence d'attractivité de ce label pour les services visés par ce dispositif qui n'y ont vu aucun intérêt économique, ni de plus-value en terme d'image et n'ont pas sollicité le label et ce, d'autant plus, qu'ils étaient découragés par les gages à fournir dans le cadre de la procédure de labellisation. La seconde difficulté tient à l'objet même du label devant permettre « d'identifier clairement le caractère légal de ces offres ». La Haute Autorité n'étant pas juge de la légalité ni de l'illégalité de ces services, la procédure de labellisation instaurée par le décret s'est avérée très lourde et intrusive pour les services visés.

Entre le 1er juillet 2016 et le 30 septembre 2017, la HADOPI n'a été saisie que de deux dossiers de labellisation. Elle a été saisie de cinq dossiers en 2018.

Tout en continuant à labelliser les plateformes qui en font la demande, la HADOPI a donc décidé, dès 2013, d'engager un travail sur un dispositif complémentaire de recensement des plateformes « pouvant être regardées comme étant légales » afin de mieux rendre compte des caractéristiques de l'offre légale et de ses évolutions.

Ce travail a été pérennisé et systématisé suite à l'adoption de la délibération n° 2017-06 du collège de la HADOPI datée du 13 juillet 2017 portant sur l'activité de référencement de la HADOPI qui organise les critères et la méthodologie de référencement des offres respectueuses des droits de propriété intellectuelle, complémentaires aux offres labellisées. Ce référencement repose sur un recensement effectué par des organismes publics et des organisations professionnelles partenaires ainsi que sur une phase d'étude et de catégorisation effectuée par la HADOPI.

Les travaux menés ces dernières années au niveau européen par l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) confortent l'approche retenue par la HADOPI. L'EUIPO a en effet lancé en 2016 un portail européen de contenus en ligne, Agorateka, afin d'aider les consommateurs à identifier les offres légales de contenus culturels dans les pays

---

[12] En juin 2011, la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) s'est ainsi opposée à la labellisation de diverses plateformes de vidéo à la demande, telles VidéoFutur, Vodéo, Iminéo ou UniversCiné, au motif qu'elles n'étaient pas autorisées à exploiter son répertoire musical. Seules deux plateformes de vidéo à la demande, Orange et Video@volonté ont pu obtenir le label « PUR » de la HADOPI.

La labellisation, en septembre 2011, de la plateforme Fotolia spécialisée dans la vente d'images et de vidéos « libres de droits » a également provoqué une « levée de boucliers » dans le secteur de la photographie : une pétition a été lancée par l'Union des Photographes Professionnels (UPP), soutenue par divers organismes de défense des droits des auteurs, afin d'obtenir le retrait de ce label. D'un point de vue juridique, il était reproché à la HADOPI d'avoir labellisé la plateforme alors que, d'une part, les licences Fotolia, soumises au droit américain, sont consenties dans des termes qui ne respectent pas les principes du droit d'auteur français et, d'autre part, il est impossible de certifier la légalité de treize millions d'images.

européens participants. Ce portail renvoie par des liens à d'autres portails nationaux, dont le site de référencement de la HADOPI.

La HADOPI a recensé 483 services respectueux du droit d'auteur au 30 juin 2020, ce qui représente le quart des offres référencées par le portail Agorateka pour toute l'Europe.

1.2 LA PROTECTION DES ŒUVRES ET OBJETS PROTÉGÉS

La protection des droits de propriété intellectuelle sur internet vise à garantir le droit des créateurs à être rémunérés au titre de l'exploitation en ligne de leurs créations et de permettre aux acteurs de la production et de la diffusion de construire des modèles économiques soutenables et de développer des offres légales attractives.

La politique de lutte contre le piratage repose aujourd'hui sur un ensemble de dispositifs mis en œuvre par différentes autorités administratives et judiciaires : au mécanisme de « réponse graduée » mis en œuvre par la HADOPI s'ajoutent notamment les possibilités d'actions judiciaires, ainsi que les démarches de droit souple engagées pour assécher les ressources financières des sites contrefaisants. La politique de lutte contre le piratage va également de pair avec une sensibilisation accrue des consommateurs de contenus en ligne.

1.2.1 Mécanisme de « réponse graduée »

Dans le cadre du volet de lutte contre le piratage, la Haute Autorité est en charge du mécanisme de « réponse graduée » prévu à l'article L. 331-25 du CPI. Ce mécanisme a pour fondement, non pas l'acte de contrefaçon en lui-même, par le biais de l'utilisation d'un service de communication au public en ligne, mais le manquement à l'obligation de surveillance du titulaire de l'abonnement internet de son poste d'accès, afin qu'aucun acte de contrefaçon ne soit effectué à partir de celui-ci (article L. 336-3 du CPI). La réponse graduée donne la priorité à la pédagogie, à travers une succession d'avertissements préalables adressés à l'internaute par la commission de protection des droits de la HADOPI[13], la sanction, de nature pénale, n'étant envisagée qu'en dernier recours.

Avec près de 15 millions de procès-verbaux de constatations reçus de la part des ayants droit en 2018, la Haute Autorité traite près de 60 000 saisines par jour ouvré. En moyenne, 52 % de ces saisines concernent le secteur musical et 48 % le secteur de l'audiovisuel. Elle envoie en moyenne environ 55 000 adresses IP par jour ouvré pour identification aux principaux fournisseurs d'accès à internet (FAI) du marché. En réponse, les FAI identifient en moyenne 81,51 % de ces adresses IP.

[13] La Commission de protection des droits est composée de trois membres titulaires et de trois membres suppléants désignée par le premier président de la Cour de cassation, le vice-président du Conseil d'Etat et le premier président de la Cour des comptes et nommés par décret.

En 2018, 1 198 183 premières recommandations ont été adressées aux titulaires d'abonnement. Ce chiffre traduit une baisse importante du nombre des courriels d'avertissement, elle-même conséquence de la baisse du nombre de saisines reçues des ayants droit 15 millions de procès-verbaux en 2018 contre près de 17 millions en 2017. La baisse des constats d'infractions émanant des ayants droit correspond à une diminution des usages illicites via les réseaux pair-à-pair.

Pour augmenter l'impact de cette approche pédagogique, la commission de protection des droits a décidé de renforcer la stratégie qu'elle avait initiée en 2015, consistant à envoyer au titulaire de l'abonnement, en cas de réitération après la première recommandation, une lettre simple de rappel, préalablement à toute transmission éventuelle d'une deuxième recommandation.

Après l'envoi de près de 300 000 lettres de rappel en 2017, la commission de protection des droits a pu constater qu'elle n'avait pas été saisie de nouveaux faits de la part des personnes concernées dans 64,38 % des cas.

En 2019, l'envoi des deuxièmes recommandations (208 104) a connu une hausse de 41 % par rapport à 2018, qui comptabilisait 147 916 deuxièmes recommandations.

Après l'envoi de deux recommandations et en cas de nouvelle constatation de faits de téléchargement ou de mise en partage d'une œuvre protégée, dans l'année suivant la présentation de la deuxième recommandation, le titulaire d'abonnement peut recevoir une lettre de notification. Cette lettre, qui introduit la troisième phase de la procédure graduée, informe le titulaire d'abonnement que les faits notifiés sont passibles de poursuites pénales sur le fondement de la contravention dite de « négligence caractérisée », prévue à l'article R. 335-5 du CPI.

La transmission de dossiers à l'autorité judiciaire n'est effective qu'en cas d'échec des efforts pédagogiques entrepris par la commission de protection des droits, conformément à la volonté du législateur, dont un des objectifs a été d'éviter un contentieux de masse. Sont alors sélectionnés les dossiers les plus graves, c'est-à-dire ceux qui font apparaître la mise à disposition d'un nombre significatif d'œuvres ou l'utilisation de plusieurs logiciels pair à pair, ou bien ceux qui comportent un grand nombre de recommandations.

En 2019, la commission de protection des droits a établi 4 210 constats de négligence caractérisée, contre 3 000 en 2018. Cette montée en charge traduit, de la part de la commission, la volonté de renforcer le volet dissuasif de la réponse graduée pour les dossiers les plus graves.

L'année 2019 confirme la hausse, amorcée depuis 2015, des transmissions de dossiers au procureur de la République. Les 1748 dossiers adressés en 2019 (contre 1 045 en 2018 et 922 en 2017) à l'autorité judiciaire représentent plus d'un tiers de l'ensemble de dossiers transmis par la Haute Autorité depuis la mise en place de la procédure de réponse graduée. Cet accroissement procède de l'augmentation des envois de notification, d'une part, et de la

stratégie de la commission de protection des droits permettant de cibler, en amont, et dès la 2e phase de la procédure, les dossiers les plus graves.

Dans les trois quarts des cas, les délibérations de la commission de protection des droits transmettant la procédure au procureur de la République visent la contravention de négligence caractérisée. Toutefois, lorsque les dossiers présentent des critères d'aggravation (nombre d'œuvres important, procédures comportant de nombreuses réitérations, procédures successives), la commission propose au ministère public de retenir la contravention de négligence caractérisée ou le délit de contrefaçon. Il revient au procureur de la République, en toute hypothèse, de choisir la qualification à donner aux faits. En 2018, près de 30 % des dossiers ont fait l'objet d'une transmission visant les deux infractions, suggérant, alternativement, l'une ou l'autre qualification au procureur de la République.

De manière plus rare, la commission de protection des droits choisit de transmettre certains dossiers qu'elle considère comme particulièrement graves sur le seul fondement du délit de contrefaçon, en application de l'article R. 331-42 du CPI. Tel a été le cas en 2018 pour 18 dossiers.

Au 31 décembre 2019, la HADOPI a été informée de 759 suites judiciaires se décomposant ainsi :

– 497 mesures alternatives aux poursuites (rappels à la loi, compositions pénales, etc.) :

– 134 classements sans suite (auteur inconnu, infraction insuffisamment caractérisée, etc.) ;

– 128 condamnations, dont 39 jugements de condamnation pour contravention de négligence caractérisée (amendes d'un montant de 100 à 1 000 €), 6 jugements pour délit de contrefaçon (amendes d'un montant de 100 à 1 000 €), 74 ordonnances pénales (amendes d'un montant de 100 à 400 €) et 9 comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité (amendes d'un montant de 175 à 1 500 €).

En 2019, la HADOPI a eu connaissance d'autant de mesures répressives qu'au cours de ses sept premières années d'activité.

La contravention dite de « négligence caractérisée » sanctionne la répétition du manquement de sécurisation d'un accès Internet, en l'absence d'un motif légitime, malgré les recommandations reçues de la HADOPI. C'est la raison pour laquelle le législateur a confié à la Haute Autorité, au titre de sa mission de protection des droits, d'établir une liste labellisant les moyens de sécurisation des accès à internet.

La HADOPI a toutefois constaté que cette mission dépasse les moyens mis à sa disposition par le législateur et elle n'a pu en conséquence établir la liste concernée[14]. Elle a préféré renforcer

[14] Deux projets de spécifications fonctionnelles ont ainsi été soumis à consultation publique en 2010 et 2011. Toutefois, aucune version finalisée des spécifications fonctionnelles n'a été publiée ni aucun moyen de sécurisation labellisé par l'Hadopi à ce jour. En effet, les travaux exploratoires conduits par l'Hadopi ont mis en

ses initiatives de conseil et de pédagogie afin d'accompagner au mieux les internautes et entreprises dans leur démarche de sécurisation de leur accès pour la mise en place de dispositifs techniques de sécurisation (installation d'une clef de cryptage, WIFI, d'un pare-feu, etc.), ou la désinstallation d'un logiciel de partage.

1.2.2 Actions en justice des ayants droit, dites actions en cessation

Les ayants droit peuvent entreprendre des actions en justice pour faire condamner les personnes physiques ou morales qui administrent ces sites sur le fondement du délit de contrefaçon, ou pour obtenir des fournisseurs d'accès à internet qu'ils bloquent l'accès à ces sites (sur le fondement de l'article L. 336-2 du CPI qui permet au TGI, « en présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne », d'ordonner, le cas échéant en référé, « toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier ».

Ces dernières actions judiciaires, dites actions en cessation, ont permis d'obtenir des résultats très significatifs ces dernières années, depuis le jugement rendu en la forme des référés par le tribunal de grande instance de Paris le 28 novembre 2013 (affaire « Allostreaming »[15]).

Ces dispositions peuvent être invoquées par des organismes de défense professionnelle pour qu'il soit fait injonction non seulement aux FAI mais aussi aux fournisseurs de moteurs de recherche de prendre des mesures de blocage et de déréférencement de sites offrant aux internautes la possibilité d'accéder à des contenus contrefaisants, en flux continu (streaming) ou en téléchargement. Ce type de recours, indépendant de toute recherche de mise en cause de la responsabilité de l'administrateur du site objet des mesures ou de l'acteur qui se verrait ordonner de prendre une mesure, s'avère particulièrement adapté s'agissant de sites portant atteinte au droit d'auteur situés à l'étranger.

1.2.3 Démarches de droit souple

La lutte contre le piratage repose également, depuis quelques années, sur des démarches de droit souple visant à impliquer les acteurs de la publicité et de paiement en ligne et d'autres intermédiaires commerciaux dans la lutte contre la contrefaçon du droit d'auteur et des droits voisins sur internet.

évidence les difficultés posées pour concilier la mise en œuvre de cette procédure et le respect de certains équilibres essentiels tels que :

- veiller à ce que les spécifications fonctionnelles garantissent la labellisation de moyens non invasifs, respectueux des droits des internautes et ne mettant pas en place des contrôles pouvant s'apparenter à des mesures de filtrage ;

- veiller à ne pas favoriser certains acteurs existants ou à créer des barrières à l'entrée du marché économique.

[15] Tribunal de grande instance de Paris, jugement rendu en la forme des référés, 28 novembre 2013 – n° 11/60013.

Le rapport de Mme Imbert-Quaretta de mai 2014 (« Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne ») a mis en évidence le rôle clé des acteurs de la publicité et du paiement en ligne dans l'écosystème des sites massivement contrefaisants. Ces acteurs peuvent en effet contribuer à assécher les ressources de ces sites massivement, selon une approche qui consiste à « frapper les sites au portefeuille » (dite en anglais « *follow the money* »).

La charte des bonnes pratiques dans la publicité en ligne pour le respect du droit d'auteur et des droits voisins, signée le 23 mars 2015 par les annonceurs, les professionnels de la publicité ainsi que les représentants des ayants droit, vise ainsi à assécher les ressources provenant de la publicité en ligne des sites spécialisés dans la contrefaçon d'œuvres sur Internet.

La charte renvoie à chaque signataire le soin d'établir une liste d'adresses url de sites internet contrefaisants en se référant aux informations fournies par les autorités compétentes (procès-verbaux des agents assermentés des organismes professionnels, sites signalés sur la plateforme PHAROS du Ministère de l'Intérieur, autorités administratives indépendantes, décisions de justice…), en utilisant éventuellement des outils technologiques, et en collaboration avec les ayants droit qui sont les seuls à avoir la connaissance des droits qui s'appliquent. Cette liste est établie selon des critères définis en plein accord avec l'ensemble des parties prenantes et est mise à jour en tant que de besoin par chacun. Chaque signataire, selon les modalités qu'il juge les plus appropriées, oriente ses relations contractuelles et/ou commerciales en fonction de sa propre liste. Après six mois de fonctionnement, il a été constaté par le comité de suivi de la charte que la totalité des publicités sur les sites « massivement pirates » étaient des publicités sans aucun lien avec les représentants français du secteur de la publicité. Si une publicité vient à apparaître, elle est retirée par l'intermédiaire du secteur publicitaire responsable quelques jours seulement après son signalement par les ayants droit.

Suite à cette expérience réussie, le ministère de la culture, en lien avec le ministère de l'économie, a décidé le 10 septembre 2015 de lancer un second groupe de travail, consacré aux bonnes pratiques dans les moyens de paiement en ligne pour le respect des droits d'auteur et des droits voisins. Cette nouvelle étape s'est traduite, non pas par la signature d'une charte, jugée trop engageante pour des acteurs de portée internationale, mais par la création d'un Comité de suivi associant les représentants des moyens de paiement et les représentants des ayants-droits.

À travers leurs Conditions Générales de Vente (CGU), les acteurs du paiement en ligne ont déjà des possibilités de retirer ou de demander le retrait des moyens de paiement pour les sites qui ne respecteraient pas la loi. En pratique, dès lors qu'un site massivement contrefaisant est signalé par les ayants-droits aux acteurs du paiement en ligne, ceux-ci retirent leur moyen de paiement très rapidement (48h00).

Ces démarches de droit souple ont également pour objectif de favoriser le recours aux technologies de reconnaissance automatique des contenus par les plateformes qui hébergent des contenus audiovisuels ou musicaux et peuvent être des vecteurs majeurs de contrefaçon. Pour faire face à ce phénomène, le recours aux technologies de reconnaissance des contenus, qui

permettent de comparer automatiquement l'empreinte d'une œuvre avec celle des contenus mis en ligne par les internautes, peut permettre d'éviter l'apparition ou la réapparition de contenus contrefaisants.

Un accord a ainsi été conclu en ce sens le 19 septembre 2017 entre la société Google, le CNC et l'ALPA. Cet accord prévoit la mise en place d'un « Guichet Unique » permettant la protection des œuvres des membres de l'ALPA sur les plateformes UGC dont YouTube en utilisant les technologies de reconnaissance vidéo (empreintes). Ce Guichet Unique a pour but de centraliser le dépôt des œuvres et la création d'empreintes ainsi que de fluidifier la gestion des conflits pouvant subvenir.

1.2.4 Actions de sensibilisation du public sur le respect des droits

Dans une étude publiée en 2017[16], l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (UEIPO) précise que la reconnaissance du rôle de la propriété intellectuelle dans la protection des créateurs et des artistes augmente. Pour autant, cette étude révèle que la propriété intellectuelle demeure pour les citoyens de l'Union européenne un concept largement abstrait, compte tenu de la tendance constante à associer la protection de la propriété intellectuelle à l'« élite » (grandes entreprises et artistes célèbres, par exemple)[17]. Parallèlement, les répondants estiment que les consommateurs en bénéficient dans une bien moindre mesure.

Par ailleurs, 35 % des personnes sondées estiment qu'il est acceptable d'obtenir illégalement du contenu en ligne si celui-ci est destiné à un usage personnel et 31 % des Européens interrogés déclarent que l'obtention de contenus en ligne à partir de sources illégales est acceptable si aucune alternative légale n'est disponible. Enfin, les citoyens âgés de 15 à 24 ans sont les plus tolérants : 15 % d'entre eux reconnaissent avoir intentionnellement acheté un produit contrefaisant au cours des douze derniers mois ; 27 % d'entre eux admettent avoir sciemment accédé à du contenu provenant de sources en ligne illégales ; 41 % d'entre eux trouvent l'achat de contrefaçons admissible si le prix de l'original est trop élevé.

45 % des consommateurs européens ayant regardé des contenus pirates affirment vouloir néanmoins limiter ou arrêter leur consommation de contenus pirates lorsqu'on leur explique que cette pratique engendre des pertes de revenus pour les studios, ce qui affecte les investissements dans la création future de contenus[18].

Enfin, les pratiques illicites[19] concernent 10 % des enfants de 8 à 11 ans, puis se développent à partir de 13 ans pour concerner finalement près d'un quart des jeunes de 14 ans. Les enfants

---

[16] « Les citoyens européens et la propriété intellectuelle : perception, sensibilisation et comportement ».

[17] Plus de 4 Européens interrogés sur 10 estiment que ce sont ces groupes qui bénéficient le plus de la propriété intellectuelle.

[18] « Irdeto Global Consumer Piracy Survey Report », mars 2017.

[19] Etude menée par la HADOPI en 2017 « Les 8-14 ans : l'émergence d'une génération de "smartphone natives"

dont les parents ont recours à des pratiques illicites ont une probabilité trois fois plus élevée de s'y livrer eux-mêmes, confirmant l'importance de s'adresser aussi bien aux parents qu'aux enfants pour la promotion des usages en ligne responsables.

La sensibilisation à la protection des droits de propriété intellectuelle est une composante de certaines matières d'enseignement :

L'article L. 312-6 du code de l'éducation précise ainsi que les élèves des écoles élémentaires et des collèges doivent recevoir, dans le cadre des enseignements artistiques obligatoires, « *une information sur les dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin pour la création artistique* ».

L'article L. 312-9 du même code indique que la formation à l'utilisation des outils et des ressources numériques, dispensée dans les écoles et les établissements d'enseignement, « *comporte une sensibilisation aux droits et aux devoirs liés à l'usage de l'internet et des réseaux, dont la protection de la vie privée et le respect de la propriété intellectuelle* ».

En pratique, un accompagnement de la communauté éducative s'avère donc utile notamment pour lui permettre de mobiliser des ressources adaptées ou de faire appel à des intervenants extérieurs.

À cet égard, la HADOPI contribue à la sensibilisation des élèves en organisant des ateliers (plus de 9 000 élèves) et en mettant des modules pédagogiques à disposition des établissements scolaires et des écoles supérieures du professorat et de l'éducation.

La conception et la diffusion de ces modules pédagogiques, comme des futurs outils de sensibilisation à destination des publics scolaires, ont fait l'objet de la signature d'une convention entre le ministre de l'éducation nationale et le président de la HADOPI le 20 novembre 2019 en vue de permettre une coordination plus étroite entre les services des deux institutions et d'assurer un plus large déploiement de ces modules.

1.3 La régulation et la veille dans le domaine des mesures techniques de protection

La Haute Autorité assure « une mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin » (article L. 331-13 du CPI) héritée de l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT).

1.3.1 Définition des mesures techniques

Les mesures techniques sont destinées à protéger les contenus distribués sur support numérique contre toute utilisation non autorisée. Leur mise en œuvre est apparue nécessaire aux industries culturelles pour permettre le développement de nouvelles formes de mise à disposition des

œuvres et de services innovants dans un contexte technologique créant des risques nouveaux de contrefaçon.

Les mesures techniques ont été consacrées à travers la protection accordée par le droit international (traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle de 1996) et la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Le droit national les définit et les protège aux articles L. 331-5 à L. 331-11 du CPI. Des sanctions pénales sont prévues aux articles L. 335-3-1 et suivants du même code contre les risques de contournements.

1.3.2 Régulation des mesures techniques par la HADOPI

Afin d'éviter qu'une surprotection des œuvres par les mesures techniques ne conduise à entraver les usages légitimes des œuvres par le public, la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 précitée fait obligation aux États membres de prendre des mesures appropriées pour garantir le bénéfice de certaines exceptions dites privilégiées (exceptions dites de copie privée, d'enseignement et de recherche, de conservation par les bibliothèques et établissements assimilés, ainsi que les exceptions de procédures et sécurité publique, de dépôt légal et en faveur des handicapés). Le législateur français a confié à la HADOPI la mission de veiller à ce que les mesures techniques de protection n'aient pas pour conséquence de priver les consommateurs du bénéfice de certaines exceptions prévues par la loi.

Le législateur français a confié à la HADOPI la régulation des mesures techniques en matière d'interopérabilité, ce qui n'était pas prévu par la directive précitée. Il est en effet apparu souhaitable que la capacité des systèmes à communiquer entre eux et, du point de vue de l'usager, la possibilité effective de consulter un contenu acquis légalement depuis le support de son choix ne soient pas appréciées à la seule aune des besoins des éditeurs de ces systèmes, mais répondent aussi aux difficultés rencontrées par leurs utilisateurs. Le choix du législateur national d'aller au-delà des exigences de la directive et de faire de l'interopérabilité un cas supplémentaire de régulation prend appui sur le considérant 54 de la directive du 22 mai 2001 qui précise que « la compatibilité et l'interopérabilité des différents systèmes doit être encouragée ».

Pour l'exercice de cette mission de régulation, la HADOPI agit soit dans le cadre de règlements de différends, soit dans le cadre d'avis. Elle dispose également d'une compétence réglementaire, lui permettant de fixer les modalités d'exercice des exceptions sur lesquelles elle a compétence ainsi que le nombre minimal de copies autorisées dans le cadre de l'exception pour copie privée. Cette disposition est destinée notamment à limiter, à travers l'action d'une autorité, les conflits entre utilisateurs et ayants droit sur le nombre de copies possible en adaptant le nombre de copies autorisées, de façon flexible, sans avoir pour cela à modifier la loi de façon régulière.

Depuis 2010, la HADOPI n'a été saisie que de 5 demandes d'avis et de deux demande de règlement des différends. Plusieurs facteurs peuvent expliquer ce faible nombre de saisines,

notamment le fait que cette mission est délicate à circonscrire, qu'il est difficile de poser des règles générales dans ce domaine, et que la saisine est réservée à certains acteurs.

- La première saisine a été le fait de la Bibliothèque nationale de France (BnF) dont la mission se trouve entravée par des mesures techniques apposées sur les documents déposés au titre du dépôt légal. Dans un avis rendu le 30 janvier 2013, la HADOPI a constaté que ces mesures techniques menacent la consultation et la conservation de ces œuvres à long terme et a considéré qu'une modification du régime du dépôt légal était nécessaire pour permettre à la BnF de disposer d'une version non protégée des documents numériques.
- La seconde saisine a été le fait de l'association VideoLAN s'agissant de la mise à disposition du grand public d'un logiciel pouvant permettre la lecture des disques Blu-Ray comportant des mesures techniques de protection. Dans un avis rendu le 3 avril 2013, la HADOPI s'est prononcé sur les exceptions dites de décompilation et d'ingénierie inverse revendiquées par l'association VideoLAN et a précisé la nature et les conditions d'accès des informations nécessaires à l'interopérabilité que pouvait solliciter un éditeur de logiciel sur le fondement de l'article L. 331-32 du CPI.
- La HADOPI a également été saisi de deux demandes d'avis en mai 2013 et en février 2014 relatives à l'exception de copie privée des programmes télévisés reçus par l'intermédiaire d'un fournisseur d'accès à Internet (FAI) ou par satellite : les consommateurs se plaignaient de ne pouvoir bénéficier pleinement des copies de programmes télévisés qu'ils avaient réalisées depuis leur box. La HADOPI a considéré, dans son avis du 11 septembre 2014, que même si des limitations à la copie peuvent être justifiées, notamment afin de réduire le risque de contrefaçon sur Internet, les restrictions ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour limiter un tel risque.
  La HADOPI a, enfin, été saisie d'une demande d'avis concernant à la mise en œuvre effective de l'exception de copie privée des programmes télévisés reçus via la plateforme Molotov TV. L'avis rendu le 29 octobre 2018 souligne que l'exception de copie privée de programmes linéaires suppose a minima la possibilité pour l'utilisateur de copier les programmes reçus dans la limite des capacités de stockage acquises et soumises à redevance et que cet utilisateur doit, sous réserve que la copie reste protégée contre les utilisations non autorisées, pouvoir disposer pleinement et librement de sa copie.

- La HADOPI a été saisie d'une première demande de règlement des différends, fondée sur l'article L. 331-34 du CPI qui ouvre la possibilité aux organismes agréés, bénéficiant de l'exception au profit des personnes en situation de handicap (article L. 122-5 7° du CPI) de saisir la Haute Autorité notamment d'une demande d'avis ou de « tout différend portant sur la transmission des textes imprimés sous la forme d'un fichier numérique ». Ces organismes peuvent en effet demander que leur soient remis les fichiers numériques des œuvres dans un standard ouvert, afin de réaliser et de communiquer des versions adaptées de ces œuvres, dès leur mise à disposition du public, pour les livres scolaires, ou dans les dix ans qui suivent leur dépôt légal, pour les autres catégories de livres. Cette procédure s'est conclue par un procès-verbal de

conciliation qui a permis, à travers des engagements concrets des parties prenantes, la transmission progressive des fichiers numériques demandés et le déploiement d'une politique active de prévention de tout usage contrefaisant des fichiers.

- La HADOPI a été saisie d'une seconde demande de règlement des différends relatif au bénéfice de l'exception de copie privée de programmes télévisés reproduits via un service de reproduction personnelle par voie d'accès à distance (« service nPVR »). Le requérant mettait en exergue l'impossibilité de regarder « en mode hors ligne », c'est-à-dire sans avoir besoin d'être connecté à Internet, les enregistrements des programmes de certaines chaines de télévision réalisés via un service nPVR. Après avoir souligné l'intérêt des solutions dites de « *download to go* », qui permettent un téléchargement temporaire et sécurisé de contenus, la délibération de la HADOPI du 24 septembre 2020 a toutefois relevé que la première finalité des services d'enregistrement à distance est de permettre à l'abonné de disposer de sa copie en ligne dans le « cloud ». La Haute Autorité a donc estimé que l'absence de possibilité d'accès, sans connexion internet, à un enregistrement dans le nPVR n'est pas de nature à remettre en cause le bénéfice effectif de l'exception de copie privée en matière de nPVR.

1.3.3 Accessibilité aux personnes atteintes de handicap

Dans le cadre de sa mission de veille et d'observation concernant les mesures techniques de protection, le collège de la HADOPI a publié en décembre 2020 une étude relative à « l'amélioration de l'offre de livres numériques accessibles aux personnes atteintes d'un handicap : bilan et perspectives ».

Les personnes non voyantes lectrices de livres numériques interviewées dans le cadre de cette étude d'usages constatent toutes une nette amélioration des conditions d'accès à la lecture au cours des vingt dernières années et une diversification des formats selon leurs attentes et/ou leurs types de handicaps.

L'offre disponible de livres en format adapté repose aujourd'hui essentiellement sur l'application effective de l'exception au droit d'auteur prévue au 7° de l'article L. 122-5 du CPI permise grâce à l'action des organismes agréés, composés en grande partie d'associations bénévoles, et de l'action de la BnF.

Les personnes empêchées d'accéder aux œuvres peuvent réaliser, par elles-mêmes ou par l'intermédiaire d'une personne physique agissant en leur nom, des actes de reproduction et de représentation de ces œuvres en vue d'une consultation strictement personnelle.

Elles peuvent aussi, et surtout, accéder à ces œuvres par l'intermédiaire de personnes morales et d'établissements ouverts au public (bibliothèques, archives, centres de documentation, espaces culturels multimédia) qui sont autorisés à produire des versions adaptées des œuvres concernées dans le cadre de l'exception.

Dans le domaine de l'édition (livres, partitions musicales, presse), l'article L. 122-5-1 du CPI permet en outre à certaines de ces personnes morales ou à certains de ces organismes de

produire des versions adaptées des œuvres imprimées à partir des fichiers numériques ayant servi à leur édition qui sont déposés par les éditeurs, à leur demande, sur la plateforme PLATON (Plateforme de transfert des ouvrages numériques) gérée par la BnF. Celle-ci récupère les fichiers des éditeurs et les met à la disposition des organismes agréés dans un « format facilitant la production de documents adaptés », de type XML ou ePub (la liste de ces formats a été précisée dans un arrêté du ministère de la culture du 23 mai 2017).

Les fichiers numériques des livres scolaires publiés sous forme imprimée ou numérique à compter du 1er janvier 2016 sont déposés de manière systématique par les éditeurs dès leur parution, et sont donc immédiatement disponibles pour les organismes qui en font la demande. Pour les autres œuvres imprimées, les fichiers doivent être communiqués par les éditeurs dans les 45 jours suivant la demande.

L'étude précitée de la HADOPI de décembre 2020 comptabilise 36 969 titres de livres déposés, avec une progression du nombre de dépôts qui s'est fortement accéléré depuis 2015 (7 266 dépôts en 2017), aboutissant à une croissance d'environ 35 % par an du catalogue total sur ces quatre dernières années.

Malgré cela, et en dépit des efforts conjoints des associations et de la plupart des éditeurs pour répondre aux demandes de transmission de fichiers, cette offre demeure insuffisante. L'offre de livres numériques accessible via le réseau associatif souffre des délais de mise à disposition qui peuvent être importants pour les ouvrages qui ne sont pas proposés d'emblée en version accessible et doivent être adaptés par le réseau associatif.

C'est en particulier le cas pour les ouvrages moins répandus tels que les livres techniques ou académiques, qui ne sont pas ou peu proposés en formats accessibles. La difficulté à trouver les ouvrages scolaires, universitaires ou professionnels peut s'avérer particulièrement pénalisante pour ces publics et mérite une attention particulière dans l'amélioration des conditions d'accès à la lecture des publics handicapés.

Par ailleurs, les associations qui contribuent aujourd'hui à la mise en œuvre de l'exception au droit d'auteur pour produire ou communiquer des documents adaptés, sont le plus souvent composées de bénévoles et de personnes en situation de handicap et restent peu armées pour effectuer en nombre des démarches auprès de la BnF pour solliciter ces fichiers et encore moins pour revendiquer le bénéfice de l'exception dont ils sont titulaires lorsque les éditeurs ne respectent pas leurs obligations de transmission.

L'attention de la HADOPI a ainsi été attirée sur le fait que, malgré l'existence de l'exception, moins de 10 % des ouvrages physiques publiés sont rendus disponibles pour les personnes atteintes de handicap visuel[20].

[20] Selon le rapport de l'Inspection générale des affaires culturelles du Ministère de la culture, « Exception handicap au droit d'auteur et développement de l'offre de publications accessibles à l'ère numérique » de mai 2013, on estime qu'entre 3 000 et 4 000 titres sont rendus accessibles par an, alors que les titres publiés sont d'un

La persistance de l'enjeu de l'augmentation de l'offre d'édition adaptée a également été mise en évidence par un rapport interministériel de l'IGAS, (Inspection Générale des Affaires Sociales), de l'IGAC (Inspection Générale des Affaires Culturelles), et de l'IGESR (Inspection Générale de l'éducation, du sport et de la recherche) de décembre 2016 (« Les structures ayant une activité d'adaptation des œuvres au bénéfice des personnes en situation de handicap – réalités observées et perspectives »).

2. NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1 NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER

2.1.1 Le développement de l'offre légale et l'observation des usages licites et illicites

L'identification et la qualification de l'offre légale par sa labellisation est soumise à de trop fortes exigences formelles posées par le législateur et fait peser des contraintes opérationnelles trop lourdes pour leur mise en œuvre opérationnelle par la Haute Autorité. Il apparaît aujourd'hui que la procédure de labellisation ne répond pas de manière satisfaisante aux enjeux d'information du consommateur.

L'essor d'une offre légale attractive et l'accompagnement des usagers vers des pratiques culturelles responsables impliquent plutôt de conforter les efforts entrepris par la Haute Autorité en vue d'améliorer la lisibilité des offres en ligne. À cet égard, il paraît nécessaire d'ajuster les dispositions législatives pour tirer les conséquences de l'ineffectivité de la procédure de labellisation de l'offre légale.

Cette procédure de labellisation étant consacrée par la loi (article L. 331-23 du CPI), une intervention législative est nécessaire afin de la supprimer et d'y substituer un dispositif de promotion de l'offre légale plus effectif.

2.1.2 La protection des œuvres et objets protégés

La persistance à un niveau élevé de la contrefaçon en ligne conduit à s'interroger sur la pertinence d'un mécanisme de réponse graduée qui cible uniquement les échanges de pair-à-pair et ignore les autres formes de piratage telles que la lecture en flux (streaming) ou le téléchargement direct.

Les actions judiciaires visant à faire fermer ou à bloquer l'accès aux sites pirates, parfois établis hors de France, impliquent des procédures longues et coûteuses, dont l'efficacité est limitée par la réapparition rapide de « sites-miroirs ». Les initiatives reposant sur le droit souple portent

---

peu plus de 80 000 (82 313 en 2018), d'après le nombre d'entrées relevées au titre du Dépôt légal par le département dédié de la BnF.

leurs fruits mais sont, par construction, subordonnées à la volonté de coopération des acteurs concernés.

Enfin, les actions de sensibilisation menées aujourd'hui par la HADOPI sur les enjeux du piratage manquent de visibilité.

2.1.3 La régulation et la veille dans le domaine des mesures techniques de protection

Ces dernières années, l'attention de la HADOPI a été attirée sur la reconnaissance d'une garantie effective de l'exception dite « handicap » mentionnée au 7° de l'article L. 122-5 du CPI, via l'organisation de modalités de contrôle.

La HADOPI peut actuellement être saisie par les bénéficiaires de l'exception dans le cadre d'avis ou de procédures de règlement de différend. Cependant, le rapport de la HADOPI de décembre 2020 relève que les associations sont peu accoutumées à cette procédure et préfèrent davantage concentrer leurs efforts sur l'adaptation et la transmission de fichiers adaptés.

Or, les organismes adaptateurs continuent d'être confrontés à certaines résistances de la part de certains éditeurs. 14 % des fichiers demandés en 2017 n'ont ainsi pas été déposés auprès de la BnF. Un tiers de ces cas correspond à un retard de livraison, les deux autres tiers correspondent à un refus motivé.

Il n'existe pas aujourd'hui de disposition susceptible d'aider à fluidifier le dispositif sans qu'il y ait besoin d'introduire de recours, en facilitant le dialogue avec les éditeurs ou en disposant de possibilité de rappel de leurs obligations. Les associations, qui disposent de peu de moyens et de ressources, n'ont pas d'autre choix que d'engager autant de procédures devant la HADOPI contre les différents éditeurs pour les obliger à respecter leurs obligations.

L'étude précitée de la HADOPI de décembre 2020 recommande ainsi de faciliter « les conditions de saisine de l'autorité publique par les bénéficiaires de l'exception, pour permettre une introduction plus aisée des règlements de différends à l'encontre des éditeurs qui ne respecteraient pas leurs obligations ».

2.2 OBJECTIFS POURSUIVIS

2.2.1 Le développement de l'offre légale et l'observation des usages licites et illicites

D'après les résultats d'une étude conduite en 2018 par la HADOPI[21], 52 % des consommateurs de biens culturels dématérialisés déclarent qu'ils souhaiteraient disposer de davantage d'informations pour distinguer les sites licites et illicites plus aisément.

[21] Vague 2018 du baromètre de notoriété de la HADOPI et de la réponse graduée.

Ainsi, le référencement des offres respectueuses des droits de propriété intellectuelle par la HADOPI permet de répondre au besoin d'informer et de guider le grand public vers des offres légales. Ce type d'action s'inscrit en outre dans le cadre des recommandations et travaux conduits plus largement au niveau européen et pour lesquelles la France a été précurseur et pris comme modèle.

Le travail accompli par la HADOPI depuis 2013 afin de donner plus d'efficience à cette mission en recensant les offres culturelles pouvant être regardées comme étant égales sur le portail « www.offrelegale.fr » témoigne de la pertinence des expériences de droit souple en la matière.

Plutôt que d'instaurer de manière rigide de nouvelles procédures formalisées, en lieu et place de la procédure de labellisation, le projet de loi fixe l'objectif général de valorisation de l'offre légale et confie à l'ARCOM la mission de concevoir les moyens les mieux à même de satisfaire cet objectif.

A titre d'exemple, la HADOPI a lancé, à compter du 7 décembre 2020, une campagne de communication nationale en partenariat avec le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), destinée au grand public valorisant l'expérience des utilisateurs des plateformes d'offre légale. Trois vidéastes prescripteurs auprès des jeunes ont accepté de s'associer à cette campagne afin de la faire rayonner.

2.2.2 La protection des œuvres et objets protégés

L'intervention de la puissance publique doit s'attaquer au piratage dans toutes ses formes (téléchargement direct et streaming), plutôt qu'au seul téléchargement pair-à-pair dans le cadre du dispositif de réponse graduée.

A cet égard, l'étude précitée de la HADOPI de décembre 2020 sur la consommation illicite de contenus audiovisuels et sportifs relève que, depuis une dizaine d'années, les technologies pair à pair et de téléchargement direct (DDL), longtemps en tête des protocoles utilisés à des fins illicites, sont en recul et font place aux plateformes de streaming (52 % des internautes ayant des usages illicites) qui offrent un environnement de consommation à la fois simple et immédiat comparé aux précédents protocoles. Les sites de live streaming permettent notamment de regarder des contenus diffusés en direct et se multiplient sur Internet.

Le piratage se professionnalise et conçoit des modèles économiques pour mieux monétiser la consommation illicite de contenus en ligne. L'un des modèles aujourd'hui prévalent est celui de la monétisation via la publicité : les hébergeurs de contenus et les sites de référencement de contenus illicites valorisent leurs audiences pour commercialiser les espaces publicitaires de leurs sites.

À cet égard, une série d'acteurs joue un rôle technique ou financier déterminant dans le développement de cet écosystème du piratage, même s'ils ne sont pas directement responsables

de cette activité contrefaisante : les FAI, les moteurs de recherche, les services de publicité et de paiement en ligne, les bureaux d'enregistrement de noms de domaine, etc.

Les pistes d'évolution doivent aller dans le sens d'une implication accrue de tous ces acteurs concernés, à travers un renforcement des dynamiques d'autorégulation et de nouvelles dispositions législatives.

Enfin, il parait opportun d'éclaircir, via une disposition législative, les missions de la Haute Autorité en matière de sensibilisation des publics sur les effets du piratage afin de donner une ampleur nouvelle à son action en la matière.

Les dispositions envisagées par le projet de loi s'inscrivent dans le cadre de l'actuelle mission de protection des œuvres et objets protégés confiée à la HADOPI par l'article L. 331-13 du CPI. Cette mission, qui se rapporte aujourd'hui essentiellement à la mise en œuvre de la réponse graduée, est enrichie de nouveaux pouvoirs se rapportant aux accords susceptibles de contribuer à la protection des droits, à la caractérisation des atteintes à ces mêmes droits et à la lutte contre les sites miroirs.

2.2.3 La régulation et la veille dans le domaine des mesures techniques de protection

Les objectifs poursuivis en 2006 de garantie des exceptions au droit d'auteur et d'interopérabilité des mesures techniques de protection apparaissent toujours pertinents.

Afin de veiller pleinement à l'intérêt général lié à l'accès à la culture et au savoir, ainsi qu'aux principes de non-discrimination, d'égalité des chances, et de pleines et effectives participation et inclusion sociales, il paraît essentiel que l'exception au profit des personnes handicapées soit effectivement et efficacement assurée et que les pouvoirs d'intervention actuellement confiés à la HADOPI soient renforcés.

3. OPTIONS ENVISAGÉES ET DISPOSITIF RETENU

3.1 OPTIONS ENVISAGÉES

3.1.1 Le développement de l'offre légale et l'observation des usages licites et illicites

Une première option consisterait à supprimer la procédure de labellisation pour la remplacer par un dispositif de référencement des offres pouvant être présentées comme présentant un caractère légal.

Par le passé, certains agrégateurs de contenus et opérateurs du référencement sur Internet ont émis des réserves quant à l'opportunité du développement d'un portail de référencement de l'offre légale piloté par la Haute Autorité au motif, d'une part, que les agrégateurs et comparateurs privés existants se positionnent d'ores et déjà sur le marché du référencement et semblent déjà répondre à ce besoin et, d'autre part, que les internautes privilégieraient les outils

de référencement spécialisés en fonction des types de contenus au détriment des outils de référencement généralistes tels que celui de la HADOPI.

Une seconde option consisterait à supprimer la mission de promotion de l'offre légale.

Cette suppression est discutable dans la mesure où le besoin d'informer et de guider le grand public vers des offres légales perdure. Une étude publiée en 2017 par l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) indique ainsi qu'« *il semble y avoir une ambiguïté croissante quant à ce qui constitue une offre légale ou illégale. Au total, 24 % des Européens interrogés se posaient la question de savoir si une source était légale ou non, soit une augmentation de 5 points par rapport à l'étude de 2013 ; 4 % des Européens interrogés déclarent avoir fait une recherche pour déterminer si une source était légale ou non, soit une augmentation de 2 points par rapport à 2013* »[22].

Il ressort également de l'étude de l'EUIPO sur la perception de la propriété intellectuelle publiée en novembre 2020 que de plus en plus de personnes cherchent à savoir si le contenu proposé par les sites Internet est légal (20 % en 2020, contre 14 % en 2017).

3.1.2 La protection des œuvres et objets protégés

A - La lutte contre la contrefaçon commerciale

La réorientation de l'action publique vers les acteurs qui tirent un profit commercial de la contrefaçon paraît pouvoir s'articuler autour de deux axes : la lutte directe contre la contrefaçon commerciale via des injonctions de blocage, d'une part, et l'implication la plus large possible de tous les acteurs d'Internet, d'autre part.

Une première option consisterait à renforcer la possibilité pour les ayants-droit d'obtenir le prononcé de mesures visant à prévenir ou à faire cesser une atteinte au droit d'auteur par le biais d'une injonction de blocage ou de déréférencement notifiée à un intermédiaire (indépendamment de toute mise en cause), dès lors que cet intermédiaire est en position de prendre les dispositions permettant d'atteindre l'objectif souhaité.

Si l'article L. 336-2 du CPI paraît aujourd'hui répondre très largement à cet objectif, il existe toutefois des possibilités de contournement des mesures ordonnées par le tribunal, par l'utilisation de noms de domaines non visés par l'ordonnance du juge et ayant pour objet de reproduire le contenu du site bloqué ou déréférencé (« sites miroirs ») ou de rediriger l'internaute vers ce site. Ces manœuvres, qui interviennent le plus souvent très peu de temps après la décision du juge, aboutissent à ce qu'un nouveau site, avec un contenu identique ou similaire au site précédent, demeure accessible et référencé par les moteurs de recherche. Le juge est donc confronté à un problème d'effectivité de sa décision.

---

[22] « Les citoyens européens et la propriété intellectuelle : perception, sensibilisation et comportement », 23 mars 2017.

Face à cet enjeu, le Président du Tribunal de grande instance de Paris a rendu, le 13 juillet 2018, une ordonnance de référé actualisant la liste des noms de domaines concernés par des mesures de blocage ordonnées au titre de deux précédents jugements du 15 décembre 2017 et du 25 mai 2018.

Un jugement du tribunal judiciaire de Paris du 18 décembre 2020 rappelle expressément cette possibilité pour les demandeurs, en cas d'une évolution du litige et pour éviter les situations de sur-blocage, notamment par la suppression des contenus contrefaisants constatés ou la disparition des sites visés, ou par la modification des noms de domaines ou chemins d'accès, d'obtenir l'actualisation des mesures ordonnées par voie de référé.

Ce phénomène de contournement n'est pas propre au droit d'auteur. Ainsi, dans le secteur des jeux en ligne, le législateur a décidé de confier au président de l'Autorité nationale des jeux (ANJ) le pouvoir d'obtenir des injonctions de blocage à l'issue d'une procédure judiciaire accélérée sur requête, contre des sites de contournement.

La HADOPI pourrait ainsi se voir reconnaître, sous le contrôle du juge, le pouvoir d'enjoindre aux intermédiaires techniques de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les atteintes aux droits, notamment dans l'hypothèse de sites miroirs.

Une telle évolution susciterait néanmoins des interrogations importantes au regard du droit constitutionnel. Il n'est en effet pas certain que l'atteinte causée à la liberté d'entreprendre, à la liberté d'expression et à la liberté de communiquer par une mesure administrative de blocage d'accès à un site internet comportant des contenus contrefaisants serait considérée comme proportionnée.

Une seconde option, visant à lutter plus efficacement contre la contrefaçon commerciale, consisterait à renforcer l'efficacité des démarches volontaires visant à impliquer les intermédiaires techniques.

À cet égard, une appréciation objective des informations relatives à la présence d'atteintes au droit d'auteur sur des sites hébergeant des contenus contrefaisants ou des sites de référencement renvoyant vers des contenus contrefaisants constitue un enjeu important tant au contentieux que dans le cadre des dispositifs de droit souple visant à impliquer les acteurs de la publicité et de paiement en ligne et d'autres intermédiaires commerciaux.

Dans le cadre des chartes des bonnes pratiques dans la publicité et le paiement en ligne précitées, la qualification des sites comme massivement contrefaisants est assurée par les signataires eux-mêmes. La question se pose néanmoins de savoir si une objectivation de ce travail de caractérisation des sites massivement contrefaisants, via un tiers de confiance, ne serait pas de nature à sécuriser les actions d'autorégulation de la part des intermédiaires de paiement et des acteurs de la publicité.

Cette objectivation par un tiers pourrait également permettre d'informer d'autres intermédiaires, notamment les acteurs du référencement, qui pourraient eux aussi en tirer toutes les conséquences.

B - La « réponse graduée »

La volonté de réorienter l'action publique vers les acteurs qui tirent un profit commercial de la contrefaçon ne doit pas dispenser d'une réflexion sur l'avenir de la réponse graduée.

À cet égard, une première option consisterait à supprimer ce dispositif pédagogique dès lors qu'il est circonscrit à une forme particulière de piratage (l'échange pair-à-pair) et qu'il n'est pas en mesure d'apporter une réponse satisfaisante à l'ensemble des pratiques illicites.

Néanmoins, l'effet dissuasif de la réponse graduée sur les pratiques qu'elle cible est globalement avéré. En dix années de fonctionnement, la HADOPI aura, avec plus de douze millions de premières recommandations adressées, réussi à sensibiliser et à dissuader de pratiquer le téléchargement illégal un nombre important de titulaires d'abonnement à Internet sur tout le territoire national. Selon le dernier « Baromètre de la réponse graduée » de la Haute Autorité[23], 23 % des internautes ou leur entourage ont ainsi déjà reçu une recommandation de la Haute Autorité.

Les avertissements adressés par la HADOPI conduisent les abonnés, dans la grande majorité des cas, à cesser de télécharger illégalement sur les réseaux pair-à-pair ou à sécuriser leur ligne afin d'éviter que d'autres ne l'utilisent à cette fin. La HADOPI observe une absence de réitération des faits dans plus de 60 % des cas, à chaque étape de cette procédure : sur 10 personnes averties, 6 prennent des mesures pour éviter tout renouvellement d'actes de piratage. Le recul du téléchargement de pair à pair, entamé avant l'entrée en vigueur de la réponse graduée, s'est accéléré depuis lors.

L'étude menée par l'institut Médiamétrie pour le compte de l'ALPA et du CNC, précitée, observe que : « le téléchargement pair-à-pair est en baisse sur tous les écrans digitaux en 2018 et atteint son audience la plus basse sur tous les écrans depuis la mise en place de la mesure de la consommation illégale notamment en étant en dessous des 4 millions de visiteurs uniques sur l'écran d'ordinateur pour la première fois ».

L'abrogation pure et simple de la réponse graduée, qui a maintenant atteint son régime de croisière et qui a d'ores et déjà produit, sur le périmètre qu'elle couvre, des effets significatifs, n'aurait donc guère de sens. Cette abrogation se traduirait aussi, et surtout, par un retour pur et simple au droit commun de la contrefaçon malgré son inadaptation aux pratiques d'échange concernées. Enfin, on observe que lorsque des actions judiciaires de grande envergure sont menées contre certains sites de streaming, les usages illégaux se reportent massivement sur les réseaux pair-à-pair. Ce phénomène de report incite à la plus grande vigilance pour l'avenir.

Une seconde option consisterait à renforcer l'efficacité de la réponse graduée s'agissant de la pratique du pair-à-pair à laquelle elle s'applique. Le président de la HADOPI a saisi en août 2017 deux membres du Conseil d'État afin d'étudier la faisabilité juridique des évolutions du

[23] Étude réalisée en septembre 2018 pour la HADOPI via l'omnibus online de l'Ifop auprès des internautes de 15 ans et plus.

dispositif de réponse graduée au regard des exigences résultant tant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que de celle de la Cour de justice de l'Union européenne. L'étude évalue les évolutions possibles du mode de sanction. L'étude s'intéresse notamment à la possibilité de confier à la Haute Autorité un rôle dans la procédure pénale en lui permettant, après avoir constaté que l'infraction de négligence caractérisée est constituée, soit d'adresser à l'internaute contrevenant une amende forfaitaire pénale dont le paiement par celui-ci aurait pour effet d'éteindre l'action publique, soit de lui proposer une transaction pénale consistant dans le versement d'une amende.

La piste de l'amende pénale forfaitaire ne paraît toutefois envisageable que dans les cas où, au vu du simple constat effectué par l'agent verbalisateur, l'infraction et son imputabilité à la personne mise en cause présentent un degré de vraisemblance voire d'évidence élevé. Or, ces conditions ne sont pas remplies s'agissant de la réponse graduée, compte tenu de la complexité de l'infraction de négligence caractérisée. Il appartiendrait donc à la HADOPI d'établir l'existence de cette infraction au cas par cas, au regard du dossier dont elle dispose.

S'agissant de la transaction pénale, elle ne peut produire ses effets que si elle est acceptée par le contrevenant, puis homologuée par le procureur de la République. Or, il n'y a aucune incitation pour les internautes à accepter de payer une amende s'ils n'ont pas la certitude qu'ils seront poursuivis en cas de refus de transiger. L'instauration d'une transaction pénale dans le cadre de la réponse graduée risquerait donc de se révéler inefficace en cas de refus massif des internautes de transiger.

L'étude s'attache également à expertiser la validité d'une réponse répressive qui prendrait la forme d'une sanction administrative, mais uniquement pécuniaire. À cet égard, certaines contraintes juridiques qui avaient pu être présentées comme limitant fortement toute possibilité d'évolution en ce sens semblent aux deux membres du Conseil d'État devoir être relativisées. La jurisprudence constitutionnelle ne leur apparaît pas, en effet, condamner irrévocablement l'instauration d'une sanction administrative, y compris en continuant à laisser aux ayants droit la charge de procéder aux constats de contrefaçon, pour autant que cette procédure de sanction administrative soit assortie de garanties appropriées.

Une telle évolution présenterait néanmoins deux défauts principaux. D'une part, elle modifierait la nature du dispositif de réponse graduée, qui s'inscrit aujourd'hui dans le cadre d'une procédure pénale. D'autre part, l'exigence de séparation des fonctions de poursuite et d'instruction imposerait de modifier en profondeur l'organisation actuelle de la HADOPI pour prévoir deux entités autonomes en son sein.

Une dernière option consisterait à maintenir le dispositif de réponse graduée, sous réserve de quelques ajustements visant à garantir une meilleure efficience de la procédure.

C - La sensibilisation du public sur le respect des droits

La Haute Autorité ayant d'ores et déjà développé des actions de sensibilisation des jeunes publics, en s'appuyant sur ses compétences en matière d'observation des usages licites et illicites, une première option consisterait à poursuivre ces actions à droit constant.

Une seconde option viserait à clarifier le rôle de l'ARCOM en la matière afin de lui permettre de poursuivre et de développer ses actions de sensibilisation des jeunes publics, en s'appuyant notamment sur la récente convention avec l'Éducation nationale. Une telle démarche devrait s'effectuer dans le respect des habitudes et des outils de communication propres à ce public, adolescents et jeunes adultes

3.1.3 La régulation et la veille dans le domaine des mesures techniques de protection

Afin d'aider à une complète mise en œuvre de l'exception handicap, une première option consisterait à renforcer les pouvoirs de l'ARCOM, pour créer un mécanisme de contrôle et de sanction autonome des demandes de règlement de différend.

Cette solution permettrait de faciliter le travail d'utilité publique des organismes adaptateurs, leurs efforts en faveur de l'adaptation de fichiers et de la transmission de fichiers adaptés, plutôt que de faire peser sur eux le poids trop lourd de démarches ou de recours administratifs.

Cependant, cette solution n'est pas préconisée car elle impliquerait une modification très lourde de l'état du droit et bouleverserait les équilibres économiques déjà fragilisés dans le secteur du livre.

Une autre option consisterait à confier à l'ARCOM une simple faculté de suivi du respect de leurs obligations et de dialogue avec les éditeurs afin de veiller à l'effectivité de l'exception au bénéfice des personnes en situation de handicap en lui permettant d'agir de sa propre initiative vis-à-vis des éditeurs et, le cas échéant, de leur rappeler leurs obligations.

3.2 DISPOSITIF RETENU

3.2.1 Le développement de l'offre légale et l'observation des usages licites et illicites

Le projet de loi propose de confier à l'ARCOM le soin de concevoir les outils qui lui permettront de valoriser au mieux l'offre légale. Une telle souplesse, qui s'avère nécessaire afin de tenir compte de l'évolution des usages, permettra à l'ARCOM de poursuivre le travail de recensement des offres respectueuses des droits de propriété intellectuelle mené depuis 2013 par la HADOPI.

La consécration de cette mission élargie de valorisation de l'offre légale permettra également à l'ARCOM d'engager un dialogue utile avec les acteurs privés du référencement. La coopération des moteurs de recherche doit ainsi permettre de favoriser le référencement de l'offre légale, qui reste souvent moins visible que l'offre illicite dans les pages de résultats.

Compte tenu du rôle joué par les moteurs de recherche dans l'accès aux contenus, il s'agit d'un enjeu crucial.

De tels dispositifs reposent sur la bonne volonté des moteurs de recherche, soucieux de démontrer leur volonté de coopérer à la lutte contre le piratage. Il est intéressant pour ces acteurs d'enrichir leur offre avec de tels outils, mais le risque existe que certains d'entre eux, notamment les plus confidentiels et donc les moins exposés à la pression des ayants droit, se montrent moins proactifs. En outre, les moteurs les plus puissants disposent d'un pouvoir de discrimination fort parmi les offres légales, susceptible d'être défavorable aux offres françaises et européennes, et par conséquent à la diversité culturelle de l'offre présentée au public.

Il pourrait donc y avoir un intérêt à ce que l'ARCOM prenne l'initiative de coordonner la mise en œuvre de ces outils de droit souple.

L'ARCOM pourra également développer, comme la HADOPI s'était engagée à le faire, des outils numériques pratiques à destination des utilisateurs pour les accompagner dans leurs usages de biens culturels dématérialisés[24].

3.2.2 La protection des œuvres et objets protégés

Si la réponse graduée est l'objet d'ajustements de nature technique, la lutte contre la contrefaçon commerciale se voit en revanche renforcée par plusieurs dispositions de fond. Celles-ci s'articulent autour de deux axes : dresser une « liste noire » des sites internet dont le modèle économique repose sur l'exploitation massive de la contrefaçon et permettre aux juges de lutter plus efficacement contre les « sites miroirs », en prévoyant une forme d'actualisation de leurs décisions.

A - Mécanisme de « réponse graduée »

L'article 1er du projet de loi maintient les acquis positifs du dispositif de réponse graduée, à savoir sa logique pédagogique fondée sur l'envoi de recommandations successives, tout en apportant des modifications très limitées visant à améliorer l'efficacité de la procédure.

Il permet notamment à des auteurs individuels de saisir directement l'ARCOM, sur la base d'un constat d'huissier. Ceux-ci ne seront donc plus tenus d'être membres d'un organisme de gestion collective ou d'une organisation professionnelle pour pouvoir demander la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée à leur bénéfice.

Le projet de loi précise également que les internautes ayant reçu une recommandation seront systématiquement informés du contenu de l'œuvre téléchargée ou mise à disposition depuis leur accès à Internet sans avoir à faire une demande en ce sens auprès de l'ARCOM. Les

[24] Ils peuvent notamment saisir la HADOPI lorsqu'ils ne parviennent pas à trouver légalement une œuvre qu'ils souhaitent consulter, laquelle prend alors en charge les recherches et sollicite éventuellement les titulaires de droits pour parvenir à une solution.

échanges téléphoniques avec le centre d'appel de la HADOPI ont démontré par le passé que les titulaires d'abonnement appellent d'abord pour comprendre pourquoi ils ont reçu une recommandation, et notamment pour obtenir le nom des œuvres téléchargées ou mises à disposition (80 % du total des demandes d'information reçues par la HADOPI, soit un peu plus de 22 000 demandes reçues au 1er semestre 2019). Il est répondu de manière dématérialisée à ces demandes à l'exception des cas dans lesquels l'internaute demande à recevoir la réponse par voie postale. La mention systématique du nom des œuvres dans les recommandations allégera ainsi une charge pesant sur les services de l'ARCOM tout en répondant au besoin d'information des internautes.

Les recommandations de la Haute Autorité doivent mentionner l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir le téléchargement illégal. S'il préserve cette obligation d'information des internautes, le projet de loi propose en revanche d'abandonner la mission d'évaluation et de labellisation de ces moyens de sécurisation, aucun projet d'expérimentation n'ayant été formellement porté à la connaissance de la HADOPI, ce qui n'a pas permis à cette mission d'être exercée. L'ARCOM sera désormais tenue de fournir une information publique sur les modes de sécurisation existants.

Les procureurs de la République peuvent transmettre des procédures relatives à des faits de contrefaçon à la commission de protection des droits afin qu'elle mette en œuvre une procédure de réponse graduée. En pratique, ce mode de saisine de la HADOPI concerne les cas dans lesquels le procureur de la République, saisi d'une dénonciation de faits de contrefaçon par les ayants droit, décide de transmettre la procédure à la commission de protection des droits en vue de la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée à l'égard du titulaire de l'abonnement en cause. Cette possibilité apparaît opportune dans l'hypothèse où le procureur n'est pas en mesure d'identifier l'auteur des actes de contrefaçon.

Actuellement, les procureurs de la République sont tenus par le même délai que les ayants droit pour transmettre les faits à la commission, à savoir six mois à compter de leur constatation, en application de l'article L. 331-24 aliéna 3 du CPI. En pratique, ce délai n'est pas suffisant pour permettre de diligenter préalablement une enquête sur les faits de contrefaçon et décider, au regard des résultats des investigations, de privilégier la voie de la réponse graduée.

L'allongement du délai de saisine de l'Autorité par le procureur de la République devrait permettre d'éviter des prescriptions constatées à plusieurs reprises ces dernières années. Il permettra en effet de prendre en compte la réalité des délais de traitement actuels par les Parquets (entre le dépôt d'un signalement, l'enregistrement de la procédure auprès du bureau d'ordre et le traitement par un magistrat susceptible de saisir la HADOPI, il peut s'écouler quelques mois).

Afin de permettre aux procureurs de la République de recourir plus largement à ce mode d'alternative aux poursuites, le projet retient un délai d'un an, correspondant au délai de prescription en matière contraventionnelle, et qui parait plus adapté.

Le projet de loi prévoit par ailleurs la possibilité pour l'ARCOM d'adresser les messages de recommandation par lettre simple.

L'envoi d'une de la première recommandation par lettre simple constituerait non une obligation mais une simple faculté laissée à l'ARCOM compte tenu des coûts que cette mesure pourrait représenter (correspondant à l'affranchissement de ces plis postaux). Cette faculté pourrait être utilisée dans certaines hypothèses :

– lorsque le mail n'a pas pu être délivré ou n'a vraisemblablement pas été ouvert. Il apparaît ainsi que certains abonnés n'utilisent pas l'adresse mail créée auprès de leur fournisseur d'accès lors de la conclusion du contrat d'abonnement ;

– lorsqu'eu égard à la teneur des faits constatés, il est plus pertinent et efficace d'envoyer un courrier qu'un mail, car l'effet d'un courrier papier (à l'apparence plus officielle) pourrait être suffisant pour générer un changement de comportement rapide de l'abonné.

Il paraît, enfin, essentiel que l'ARCOM définisse clairement les objectifs qu'elle assignera à ce dispositif de réponse graduée ainsi que les indicateurs permettant d'en suivre la mise en œuvre. Toutefois, les indicateurs de mesure d'efficacité sont divers et complexes à analyser. Le nombre de critères à prendre en compte est important, et leur pertinence peut faire débat. Certains estiment en effet que l'efficacité de la procédure se mesure au nombre de sanctions pécuniaires effectivement prononcées par les juridictions judiciaires, alors que, lors de la création de la HADOPI, le législateur a entendu privilégier la pédagogie et éviter un contentieux de masse.

L'article 1er du projet de loi impose à tout le moins à l'ARCOM de rendre compte, dans son rapport annuel, du nombre de saisines reçues de la part des ayants-droit et du nombre de recommandations adressées aux internautes.

B - Établissement d'une liste noire

Le projet de loi prévoit tout d'abord de confier à l'ARCOM la mission d'établir une liste des sites massivement contrefaisants.

La charte des bonnes pratiques dans la publicité en ligne, signée le 23 mars 2015, et le groupe de travail consacré aux bonnes pratiques dans les moyens de paiement en ligne, mis en place le 10 septembre 2015, renvoient à chaque signataire le soin d'établir une liste d'adresses url de sites internet contrefaisants avec lesquels ils s'engagent à ne pas nouer de relations commerciales.

L'article 1er du projet de loi propose de confier à l'ARCOM le soin d'objectiver ce travail de caractérisation des sites massivement contrefaisants à travers une liste publique. Cette objectivation serait de nature à sécuriser ces actions d'autorégulation de la part des intermédiaires de paiement et des acteurs de la publicité. Elle pourrait également permettre de faciliter l'implication volontaire d'autres intermédiaires, notamment les acteurs du référencement. L'ARCOM se voit, à ce titre, confier la mission d'encourager la signature et

d'évaluer l'application des accords volontaires conclus entre les ayants-droit et toute personne susceptible de contribuer à remédier à la contrefaçon.

La liste dressée par l'ARCOM pourrait également permettre de responsabiliser toutes les personnes qui engagent des relations commerciales avec un service mentionné sur cette liste.

Enfin, cette liste pourrait également être invoquée par les ayants-droit à l'appui de leurs actions judiciaires.

Une mission d'établissement d'une liste de sites pouvant être considérés comme contrefaisants par une autorité administrative connaît des précédents dans différents pays, dont les USA et le Royaume-Uni. Elle est par ailleurs désormais conduite au niveau de l'Union européenne par la Commission, en collaboration avec l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, s'agissant de sites massivement contrefaisants établis à l'extérieur de l'UE.

L'ARCOM dressera cette liste à partir des constats d'infractions qui lui auront été communiqués par les agents assermentés des organismes de gestion collective et des organismes de défense professionnelle. Le projet de loi prévoit également la possibilité pour les agents assermentés et habilités de l'ARCOM, à l'instar des inspecteurs et des agents de l'Autorité nationale des jeux en ligne (ANL), de participer sous un pseudonyme à des échanges sur un site illégal et d'extraire par ce moyen des éléments de preuve sur ces services à des fins de caractérisation. Les services opèrent sur Internet en utilisant un pseudonyme afin de mieux traquer les personnes qui commettent des infractions et de parvenir à pénétrer leurs réseaux[25].

L'article 1er du projet de loi précise que toute personne en relation commerciale avec un service mentionné sur la liste noire dressée par l'ARCOM, notamment pour y pratiquer des insertions publicitaires ou lui procurer des moyens de paiement de ses prestations, est tenu de rendre publique l'existence de ces relations et de les mentionner au rapport annuel si elle est tenue d'en adopter un.

C - Lutte contre les « sites miroirs »

L'article 1er du projet de loi propose de reconnaître aux juges la possibilité de lutter plus efficacement contre les « sites miroirs ».

En effet, même lorsqu'un juge prononce une injonction de blocage d'un site massivement contrefaisant ou une injonction de déréférencement, l'efficacité de la mesure est souvent de courte durée dans la mesure où le site en cause peut très rapidement offrir le même service en utilisant une autre adresse ou un autre nom de domaine. Cela pose un problème d'effectivité de la décision de justice, puisque ces nouveaux sites, aux contenus identiques, ne peuvent pas être bloqués ou déréférencés en dehors d'une nouvelle intervention d'un juge.

[25] L'article 230-46 du Code de procédure pénale issu de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a complété et modifié l'enquête sous pseudonyme. Cette procédure est désormais applicable pour constater les crimes et les délits punis d'une peine d'emprisonnement sans seuil particulier commis par la voie des communications électroniques.

L'article 19 du projet de loi confortant le respect des principes de la République, en cours d'examen devant le Parlement, propose de lutter contre les sites miroirs, dont le contenu est identique ou équivalent à tout ou partie du contenu d'un site déclaré illicite par une décision de justice en raison notamment de leur contenu haineux, en permettant à l'autorité administrative et, selon les cas, aux parties à la décision de justice, de demander aux fournisseurs d'accès à internet d'en bloquer l'accès pour une durée ne pouvant excéder celle restant à courir pour les mesures judiciairement ordonnées. Le déréférencement d'un tel service peut également être demandé, dans les mêmes conditions, à un moteur de recherche, annuaire ou autre service de référencement.

Inspiré par le même souci d'effectivité des décisions judiciaires, l'article 1er du présent projet de loi confie le pouvoir à l'ARCOM, saisie à cet effet par les titulaires de droits, de demander le blocage ou le déréférencement des sites miroirs identifiés, sur le fondement de la décision de justice initiale[26].

Lorsqu'il n'est pas procédé au blocage ou au déréférencement demandé, l'autorité judiciaire pourrait être saisie, en référé ou sur requête, pour ordonner toute mesure destinée à faire cesser l'accès à ces contenus.

Enfin, l'article 1er du projet de loi prévoit que la mise œuvre de la décision judiciaire initiale de blocage ou filtrage puisse se faire par voie d'accord entre les ayants droit et les FAI[27]. L'ARCOM serait chargée de faciliter de telles initiatives en élaborant des accords-types.

D - La sensibilisation du public sur le respect des droits

Enfin, l'article 1er du projet de loi consacre expressément la possibilité pour l'ARCOM de mener des actions de sensibilisation, notamment auprès des publics scolaires.

L'ARCOM sera ainsi pleinement fondée à engager différentes actions visant à interpeller sur les conséquences du comportement individuel de chacun face à l'avenir de la création artistique dans toutes ses dimensions. Ses actions d'information et de sensibilisation viseront à mieux faire connaître les principes généraux du droit de la propriété intellectuelle et les mécanismes de la création. Il s'agira également d'aider les internautes à distinguer les pratiques licites et illicites, de les informer sur les risques encourus en cas de téléchargement illicite et de les sensibiliser à l'existence d'une offre légale.

3.2.3 La régulation et la veille dans le domaine des mesures techniques de protection

[26] Dans le jugement « Allostreaming » du 28 novembre 2013 précité, le tribunal de grande instance de Paris a également envisagé l'intervention d'une autorité publique au soutien des ayants-droit. Le jugement précise « q*u'en l'état de la législation applicable, la présente juridiction ne dispose d'aucun moyen lui permettant de contrôler l'exécution de sa décision (...) par l'intermédiaire d'un agent public qui en aurait la charge* ».

[27] Dans le jugement Allostreaming du 28 novembre 2013, le juge a invité les demandeurs à le saisir en la forme des référés de toute évolution du litige, afin d'actualiser les mesures prononcées. Le juge a néanmoins expressément évoqué l'hypothèse d'une actualisation du blocage ou du filtrage par la voie d'un accord entre les parties (« *Sous réserve d'un meilleur accord des parties* »).

Le projet de loi prévoit la possibilité pour l'ARCOM, soit d'office soit à la demande des organismes agréés, de recueillir toute information et document utiles notamment auprès des éditeurs et de la BnF. Sur la base des éléments recueillis, elle pourra intervenir notamment par le biais de recommandations sur les bonnes pratiques et, le cas échéant, mettre en demeure les éditeurs de respecter leurs obligations prévues au 2° l'article L. 122-5-1 du CPI.

L'Autorité ayant connaissance de difficultés dans la mise en œuvre de cette exception pourra, de manière autonome, mettre en demeure un éditeur récalcitrant.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGÉES

4.1 IMPACTS JURIDIQUES

L'article 1er du projet de loi modifie les dispositions du Titre 3 du Livre troisième de la première partie du Code de la propriété qui définissent les différentes missions de la HADOPI. Son notamment insérées de nouvelles dispositions visant à renforcer les outils mis à disposition de l'ARCOM afin d'œuvrer plus efficacement en faveur de la protection des droits d'auteur et de droits voisins sur Internet.

Les II à IV de l'article 1er du projet de loi tirent par ailleurs les conséquences de la fusion du CSA et de la HADOPI et modifient les articles 111-3 et 411-2 du Code du cinéma et de l'image animée, l'article 34-1 du code des postes et des communications électroniques et l'article 6-I de la loi n° 2004- 575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui font mention de la Haute Autorité.

4.2 IMPACTS ÉCONOMIQUES ET FINANCIERS

4.2.1 Le développement de l'offre légale et l'observation des usages licites et illicites

Un meilleur référencement des offres légales doit permettre de conforter le développement de la consommation légale et de combattre le manque à gagner lié à la consommation illégale de contenus sur Internet.

Le baromètre de la consommation de biens culturels dématérialisés pour l'année 2020, rendu public par la HADOPI en février 2021, souligne les enjeux tenant à la perception du caractère licite des offres culturelles en ligne.

Plusieurs critères permettant de qualifier un site de licite sont observés par les internautes.

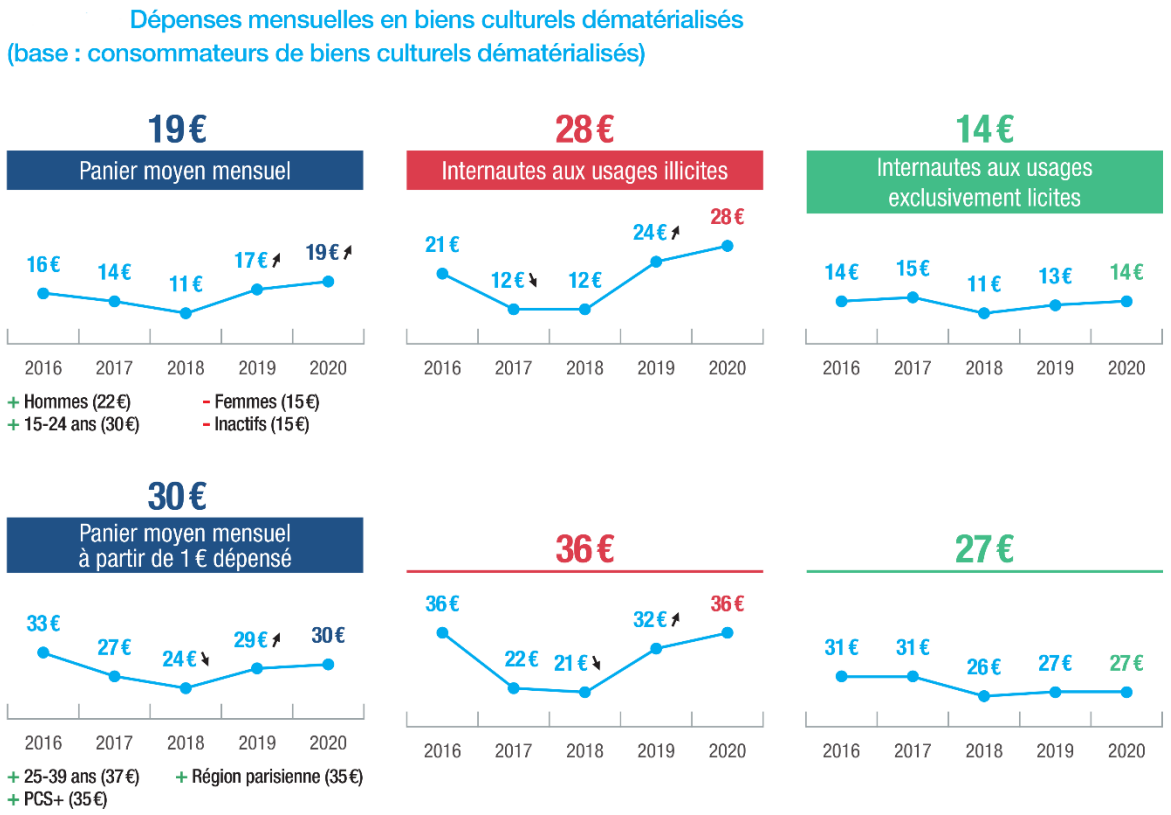
La notoriété du site ou de la marque, ou encore l'identification claire de son propriétaire sont les premiers critères perçus de légalité d'un site (par respectivement 37 % et 34 % des internautes). La possibilité d'accès à un paiement sécurisé et la présence d'une charte et de conditions d'utilisation sont des éléments caractéristiques des sites légaux.

La perception de la légalité d'un produit ou d'un service sur Internet est encore étroitement liée au caractère payant de la consommation Pour 66 % des internautes français, les contenus payants sont nécessairement légaux Les consommateurs illicites sont plus avertis : près d'un tiers d'entre eux (29 %) estiment qu'un contenu payant n'est pas nécessairement légal, contre seulement 6 % des consommateurs ayant une consommation exclusivement licite.

Une meilleure valorisation par l'ARCOM de l'offre légale, notamment à travers son référencement, doit permettre de conforter le développement de la consommation légale.

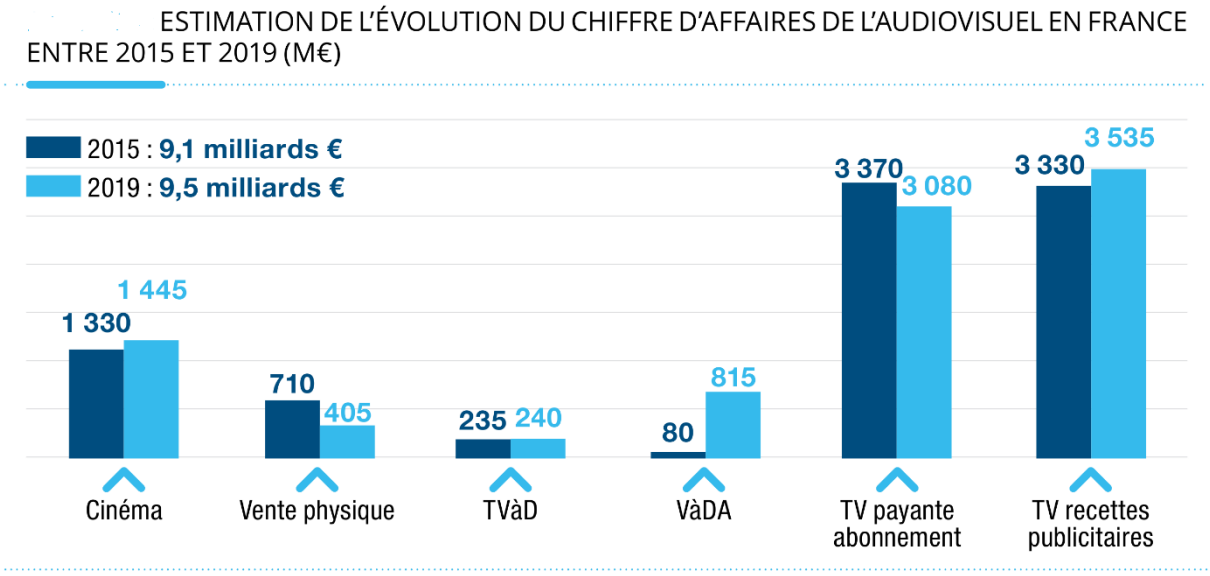
Avec la progression de l'offre légale, notamment en termes de qualité et de variété des contenus proposés, ainsi que d'efficacité des systèmes de recommandation, on observe aujourd'hui de moins en moins de freins à la consommation légale.

Le baromètre de la HADOPI précité indique que près de deux tiers des internautes ont accès à au moins un abonnement payant (62 %), principalement à des services de vidéo à la demande (46 %). D'une manière générale, la consommation payante est en forte progression et concerne désormais 59 % des consommateurs, portée par la propension à payer pour les contenus audiovisuels : 60 % des consommateurs de films payent pour y accéder, 57 % pour les séries. En parallèle, les montants dépensés progressent également : en 2020 le panier moyen mensuel pour les biens culturels dématérialisés atteint la somme de 30 €à partir du premier euro dépensé.



Le dynamisme de cette consommation soutient, notamment, le marché de l'audiovisuel qui affiche un chiffre d'affaires en croissance avec une hausse de 5,7 % entre 2016 et 2019.

Dans son étude de décembre 2020 sur l'impact économique de la consommation illicite en ligne de contenus audiovisuels et de retransmissions d'événements sportifs, la HADOPI relève que les recettes de la vidéo à la demande par abonnement ont été multipliées par 10 entre 2015 et 2019. La télévision de rattrapage affiche également une forte hausse de plus de 50 % sur la même période, avec 7,2 millions de Français qui en consomment de façon quotidienne en 2018, et une forte croissance des revenus de la publicité.



(L'essentiel – Les études de la HADOPI – Décembre 2020)

Le chiffre d'affaires des plateformes de vidéo à la demande par abonnement (VàDA) dépasse désormais en valeur à la fois le marché de la vidéo physique et de la vidéo à la demande transactionnelle pour atteindre près de 813 millions d'euros en 2019.

En revanche, le marché physique a enregistré une baisse de 42 % de son chiffre d'affaires entre 2015 et 2019. Les ventes cumulées de Blu-Ray et de DVD ont diminué de plus de 30 millions d'unités vendues sur la période, soit une baisse de 35 %. Cette chute du marché physique n'est plus contrebalancée par la croissance du marché de la vidéo à la demande transactionnelle, longtemps perçu comme un relais de croissance pour la vidéo.

Cette baisse s'explique principalement par le développement des offres de VàDA, mais aussi par une présence toujours importante des usages illicites.

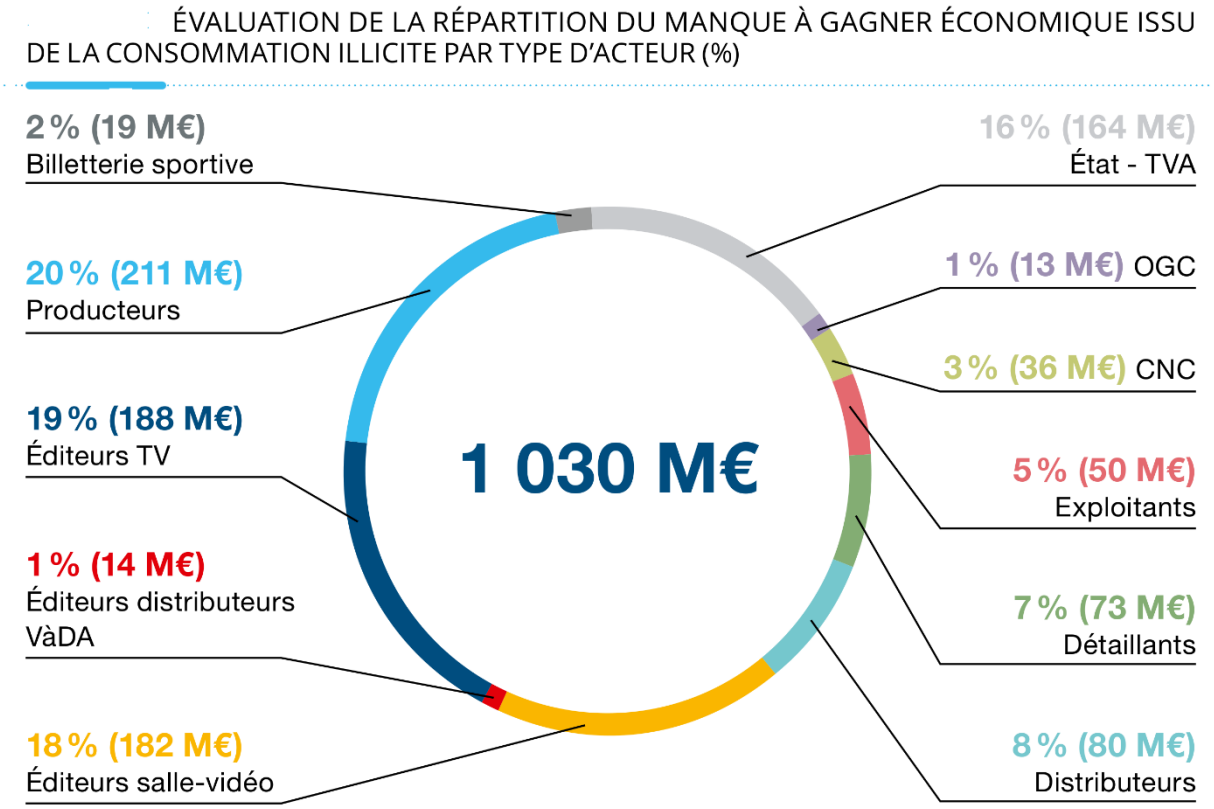
4.2.2 La protection des œuvres et objets protégés

Le projet de loi devrait permettre de combler le manque à gagner pour les industries culturelles et l'État causé par le piratage.

L'étude présentée par la HADOPI en décembre 2020 évalue ainsi un manque à gagner de 211 millions d'euros pour la production et de 370 millions d'euros pour les acteurs de l'édition audiovisuelle :

– l'édition télévisée est affectée à hauteur de 188 millions d'euros par an, principalement en raison de l'impact significatif sur les recettes d'abonnements à la télévision payante ;

– l'édition cinématographique, qu'il s'agisse de la distribution en salle ou de la vidéo (physique et VàD) subit quant à elle un manque à gagner évalué à 182 millions d'euros, du fait notamment de la part encore importante que représente la vente physique la vente physique continue de représenter (407 M€ de chiffres d'affaires en 2019, soit 28 % environ du marché total de la vidéo, incluant vente physique, VàD et VàDA), qui continue d'être très affectée par la consommation illicite.



(L'essentiel – Les études de la HADOPI – Décembre 2020)

La seconde étude publiée en juin 2018 par l'institut EY sur le piratage de contenus audiovisuels en France estime que le piratage représente sur une année environ 2 000 emplois directs de perdus dans la filière audiovisuelle, compte tenu d'une relative élasticité du marché. Sur une durée plus longue il a entraîné un bouleversement de la chaîne de valeur et des pertes plus conséquentes.

L'étude de la HADOPI de décembre 2020 estime que la consommation illicite de contenus audiovisuels et sportifs en ligne représenterait une perte de 2 650 emplois pour la filière. 59 % de ces emplois sont attribués à l'activité de production dont la masse salariale représente une

part significative de la structure de coûts des sociétés de production. Viennent ensuite les emplois dans l'édition télévisuelle (360 emplois) et dans l'exploitation de salles de cinéma (210 emplois).

Le piratage représente, enfin, des pertes importantes pour les finances publiques.

Outre les recettes directes de l'État perdues du fait de moindres prélèvements de TVA (évalués à 164 millions d'euros), le manque à gagner issu du piratage de contenus audiovisuels et sportifs représente une perte potentielle de résultats opérationnels pour les acteurs de l'écosystème et donc un impact indirect sur l'impôt et les différents prélèvements en cotisations sociales et patronales prélevés auprès de ces acteurs (évalués à 168 millions d'euros).

Au total, le manque à gagner pour les finances publiques est évalué évaluée par l'étude de la HADOPI à 332 millions d'euros par an.

Evaluation de la perte d'emplois maximale et du manque à gagner pour les finances publiques en lien avec la consommation illicite de contenus audiovisuels et sportifs (M€)

	Exploitant	Détaillant	Distributeur	Editeur salle - vidéo	Editeur distributeur VàDA	Editeur TV	Producteur	Acteurs sportifs
Potentiel maximum de création d'emplois (total de 2 650 emplois)	210	220	90	170	30	360	1 500	70
Manque à gagner pour les finances publiques (hors TVA*)	168 M€							
Manque à gagner pour les finances publiques en TVA	164 M€							
Manque à gagner pour les finances publiques - TOTAL	332 M€							

** Manque à gagner issu des cotisations patronales, sociales et des prélèvements en impôt sur les sociétés et sur le revenu*
Source : Estimations PMP sur données issues du sondage Médiamétrie, indicateurs sectoriels INSEE, taux de prélèvements fiscaux en vigueur

(HADOPI - Étude de l'impact économique de la consommation illicite en ligne de contenus audiovisuels et de retransmissions d'événements sportifs - Décembre 2020).

4.2.3 La régulation et la veille dans le domaine des mesures techniques de protection

Le projet de loi ne crée pas pour les éditeurs de contraintes supplémentaires par rapport à celles qui pèsent sur eux depuis 2006.

Le projet de loi devrait en revanche mieux garantir pour les 60 structures adaptatrices agréées la mise à disposition des fichiers numériques des livres par les éditeurs en vue de leur adaptation et, ce faisant, permettra de mieux répondre aux besoins des personnes en situation de handicap.

5. CONSULTATIONS ET MODALITÉS D'APPLICATION

5.1 CONSULTATIONS MENÉES

Ces dispositions sont soumises à l'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et, à titre facultatif, à l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

5.2 MODALITÉS D'APPLICATION

5.2.1 Application dans le temps

La création de l'ARCOM sera effective le premier jour du deuxième mois suivant celui de la publication de la loi au Journal officiel de la République française.

L'article 19 fixe les dispositions transitoires applicables afin d'assurer que l'ensemble des procédures en cours devant la HADOPI, au titre de ses différentes missions, seront poursuivies de plein droit devant l'ARCOM à compter de cette date.

5.2.2 Application dans l'espace

La mesure envisagée s'applique en France métropolitaine et dans les îles Wallis-et-Futuna.

5.2.3 Textes d'application

La mise en œuvre de cette disposition nécessite l'adoption d'un décret en Conseil d'Etat.

Article 2 : Droit voisin des organismes de radiodiffusion

1. ÉTAT DES LIEUX

Les chaînes de télévision et de radio bénéficient d'un droit voisin qui leur permet de maîtriser l'exploitation de leurs programmes.

L'article 13 de la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion du 26 octobre 1961, dite « Convention de Rome », précise ainsi que les organismes de radiodiffusion jouissent du droit d'autoriser ou d'interdire la réémission de leurs émissions[28], la fixation sur un support matériel de leurs émissions, la reproduction de leurs émissions et la communication au public de leurs émissions de télévision, lorsqu'elle est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée[29].

Cette protection est doublement limitée s'agissant des exploitations immatérielles. D'une part, elle ne concerne que l'émission simultanée par un organisme de radiodiffusion d'une émission d'un autre organisme de radiodiffusion (diffusions en direct). D'autre part, elle ne couvre que les diffusions par les ondes, à l'exclusion du fil ou du câble et, in fine, des exploitations en ligne.

L'article 8-3 de la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle consacre un niveau de protection équivalent à celui de la Convention de Rome en reconnaissant le droit pour les organismes de radiodiffusion d'autoriser ou d'interdire la « rediffusion de leurs émissions par le moyen des ondes radioélectriques », ainsi que la communication au public de leurs émissions lorsque cette communication est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée. Cette dernière prérogative n'est toutefois pas limitée, comme dans la Convention de Rome, aux seules émissions de télévision.

---

[28] L'émission de radiodiffusion est définie par cette Convention comme « la diffusion de sons ou d'images et de sons par le moyen des ondes radioélectriques, aux fins de réception par le public (...) ».

[29] Le guide d'interprétation de la Convention de Rome précise que la notion de droit d'entrée s'entend strictement, dans la mesure où un prix forfaitaire doit être requis du consommateur avant de pénétrer dans l'établissement procédant à la diffusion des émissions. Aussi une majoration du prix des services (boissons par exemple) ne saurait-elle être assimilée à un droit d'entrée. La CJUE a depuis lors confirmé cette interprétation (« *le fait de payer un repas ou des boissons dans un restaurant ou dans un bar où sont diffusées des émissions télévisées n'est pas considéré comme un paiement d'un droit d'entrée* » (CJUE, 16 février 2017, Verwertungsgesellschaft Rundfunk contre Hotel Edelweiss, aff. C-641-15).

Le considérant 16 de cette directive précise par ailleurs que « *les États membres devraient pouvoir prévoir, pour les titulaires de droits voisins du droit d'auteur, des dispositions plus protectrices que celles qui sont prévues par la présente directive en ce qui concerne la radiodiffusion et la communication au public* ».

La directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information a partiellement répondu à la déficience des instruments antérieurs s'agissant des exploitations numériques. Son article 3-2 consacre en effet le droit pour les organismes de radiodiffusion d'autoriser la mise à la disposition du public de leurs émissions, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

L'harmonisation opérée par cette dernière directive n'est toutefois que partielle s'agissant des exploitations en ligne et est limitée par les termes mêmes de ses dispositions. Pour être qualifié d'« acte de mise à la disposition du public », au sens de l'article 3-2 précité, un acte doit remplir cumulativement les deux conditions énoncées à cette disposition, à savoir permettre au public concerné d'accéder à l'émission en cause tant de l'endroit qu'au moment que chacun choisit individuellement.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en a déduit, dans un arrêt du 26 mars 2015[30], que les organismes de radiodiffusion ne peuvent revendiquer la protection offerte par la directive du 22 mai 2001 à l'égard d'émissions diffusées en direct sur Internet.

Pour autant, la Cour a précisé que ni l'article 3-2 de la directive du 22 mai 2001 ni aucune autre disposition de celle-ci n'indiquent « *que le législateur de l'Union ait souhaité harmoniser et, par conséquent, prévenir ou supprimer d'éventuelles disparités entre les législations nationales, s'agissant de la nature et de l'ampleur de la protection que les États membres pourraient reconnaître aux titulaires de droits visés à cet article 3, paragraphe 2, sous d), à l'égard de certains actes, tels ceux en cause au principal, qui ne sont pas expressément visés à cette dernière disposition* » (att. 31).

Les législateurs nationaux restent donc compétents pour étendre le droit exclusif des organismes de radiodiffusion à l'égard d'actes de communication au public autres que ceux visés par la directive, notamment les transmissions réalisées en direct sur Internet, à condition qu'une telle extension n'affecte pas la protection du droit d'auteur.

[30] CJUE, 9e ch., 26 mars 2015, aff. C-279/13, C-More Entertainment B c/ Linus Sandberg.

2. NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1 NÉCESSITE DE LÉGIFÉRER

Un écosystème de la création audionumérique s'est développé ces dernières années avec une croissance très rapide, permettant l'émergence d'une nouvelle offre de contenus, les podcasts, à côté de celle du média historique qu'est la radio.

Cette création sonore représente un enjeu incontournable pour le renouvellement des œuvres de l'esprit reposant sur le son[31]. La mutation profonde qui s'opère aujourd'hui dans la conception, le déploiement et l'audience des contenus audio leur offre en effet un potentiel de créativité et des perspectives de croissance inédites. Qu'il s'agisse de son contenu ou de ses audiences, cette création bénéficie d'un renouvellement, porté notamment par le regain d'intérêt que suscitent les podcasts dits natifs. Médias traditionnels et nouveaux entrants sont à l'initiative de nouvelles formes d'écritures, de nouveaux formats, portant sur des thématiques renouvelées et ce, indépendamment du mode de diffusion de ces contenus.

Pour autant, cette dynamique risque de se trouver fragilisée du fait de l'apparition récente de plateformes de distribution dont l'activité consiste à diffuser les podcasts sans autorisation préalable et sans rémunération. L'intervention de ces plateformes, qui profitent de la valeur créée par la diffusion de podcasts qu'elles ne produisent pas et dont elles ne supportent pas les charges, pourrait en effet remettre en cause le modèle de financement de ce type de programmes. Il parait donc essentiel, dans ce contexte de mutations technologiques et de captation de valeur important, de garantir les droits des éditeurs de services de radio sur leurs programmes et de leur donner la capacité réelle de les valoriser.

En vertu de l'article L. 216-1 du Code la propriété intellectuelle (CPI) sont soumises à l'autorisation de l'entreprise de communication audiovisuelle « *la reproduction de ses programmes, ainsi que leur mise à la disposition du public par vente, louage ou échange, leur télédiffusion et leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée* »[32]. Ce droit, énoncé à l'origine par l'article 27 de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985, n'a pas été modifié depuis lors pour tenir compte des nouveaux instruments européens et des évolutions technologiques. L'applicabilité de ces dispositions aux modes d'exploitation en ligne peut donc soulever des interrogations.

A cet égard, la Cour d'appel de Paris a considéré, dans un arrêt du 2 février 2016, que l'article L. 216-1 du CPI devait être interprété de manière constructive à la lumière de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001, qui consacre un droit de communication au public à la demande au profit des radiodiffuseurs, et de l'arrêt de la CJUE du 26 mars 2015, qui a consacré la

[31] Rapport de l'Inspection générale des affaires culturelles d'avril 2020 (« L'écosystème des podcasts : enjeux de souveraineté, de régulation et de soutien à la création audionumérique »)

[32] La télédiffusion s'entend, aux termes de l'article L. 122-2 du CPI, comme « la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature ».

possibilité pour les Etats membres d'étendre la protection des radiodiffuseurs au-delà des dispositions de la même directive[33]. La Cour en a déduit que les entreprises de communication audiovisuelle bénéficient, sur le fondement de l'article L. 216-1 du CPI, du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public en ligne et à la demande de leurs programmes, y compris par le recours à des liens profonds par la technique de la « transclusion »[34].

L'ordonnance BestWater International de la CJUE du 21 octobre 2014 qui a dit pour droit que « *le seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la « transclusion » (« framing »), (...), ne peut pas être qualifié de « communication au public* », dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine n'est donc pas opposable aux organismes de radiodiffusion.

Par un arrêt du 4 juillet 2019[35], la Cour de cassation a confirmé le droit pour les entreprises de communication audiovisuelle de contrôler, sur le fondement de l'article L. 216-1 du CPI, la mise à la disposition du public en ligne de leurs programmes, au-delà de la mise à disposition à la demande. Ces entreprises peuvent ainsi autoriser les liens hypertextes profonds au titre du droit de communication au public.

En dépit de cette jurisprudence, les agrégateurs et portails de référencement estiment pour leur part – en se prévalant de la célèbre jurisprudence Svensson de la CJUE – que le référencement de podcasts sur une plateforme n'est pas à proprement parler une « communication au public » mais la mise à disposition d'un simple lien hypertexte pour un flux RSS, par définition originairement mis à disposition de tous les publics (via le choix de ce mode de diffusion) par son éditeur.

Aussi, il est recommandé[36] une modification de l'article L. 216-1 du CPI pour clarifier le débat qui oppose éditeurs de radio et agrégateurs de podcasts.Lors de l'examen du projet de loi n° 2488 relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, la commission des affaires culturelles de l'Assemblée nationale a voté un amendement visant à garantir que des contenus ne puissent être repris en ligne ou par la voie de la radiodiffusion sans l'accord préalable de l'entreprise de radiodiffusion qui les a créés. L'intention des auteurs de cet amendement était notamment de mettre un terme à une pratique de plus en plus répandue consistant à diffuser en ligne des contenus radiophoniques sans l'accord de leurs éditeurs et en les monétisant.

---

[33] Cour d'appel de Paris, 1ère chambre, 2 février 2016, Playmedia/France Télévisions.

[34] La technique dite de « transclusion » consiste à diviser une page d'un site Internet en plusieurs cadres et à afficher dans l'un d'eux, au moyen d'un lien Internet incorporé (dit « in line linking »), un élément provenant d'un autre site en dissimulant l'environnement d'origine auquel appartient cet élément.

[35] Cour de cassation, Société Playmédia c. Société France télévisions.

[36] Rapport de l'Inspection générale des affaires culturelles d'avril 2020 (« L'écosystème des podcasts : enjeux de souveraineté, de régulation et de soutien à la création audionumérique »)

2.2 Objectifs poursuivis

Il parait opportun de sécuriser le droit des organismes de radiodiffusion d'autoriser ou d'interdire la diffusion de leurs programmes sur Internet et de trancher la question de la reprise par des plateformes tierces des programmes originellement édités par ces organismes.

L'objectif n'est pas d'inciter les organismes de radiodiffusion à opposer un véto absolu à la reprise de leurs programmes par des plateformes tierces, mais de reconnaître leur droit d'autoriser ou de refuser cette reprise et de choisir en conséquence la part de leur production pouvant être reprise et celle protégée par une exclusivité, ce qui paraît légitime.

Une telle clarification parait de nature de favoriser l'évolution des positions des différents acteurs (éditeurs de radio comme plateformes en ligne) vers des relations pacifiées et négociées sur la question de la reprise des programmes.

3. OPTIONS ENVISAGÉES ET DISPOSITIF RETENU

3.1 Options envisagées

Une première option consiste à s'en tenir à la jurisprudence récente qui a confirmé le droit pour les entreprises de communication audiovisuelle de contrôler, sur le fondement de l'article L. 216-1 du CPI, la mise à la disposition du public en ligne de leurs programmes. Cette jurisprudence n'ayant toutefois pas permis de mettre un terme aux conflits susmentionnés dans le secteur des podcasts, il n'est pas proposé de retenir cette option.

Une autre option, recommandée par le rapport de l'Inspection générale des affaires culturelles précité, consiste à modifier l'article L. 216-1 du CPI afin de consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation et clarifier l'étendue du droit voisin des organismes de radiodiffusion.

3.2 Dispositif retenu

L'article 2 du projet de loi propose de modifier la rédaction actuelle du CPI afin de préciser que le droit exclusif des organismes de radiodiffusions couvrent non seulement les actes de télédiffusion mais aussi les actes de radiodiffusion et les exploitations en ligne.

Cet article explicite ainsi le fait que les plateformes de distribution ne peuvent, sans y être autorisées, reprendre les podcasts des éditeurs de services de radio, quand bien même ces programmes sont mis en ligne sans restriction par ces éditeurs.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGÉES

4.1 IMPACT JURIDIQUE

L'article 2 du projet de loi modifie l'article L. 216-1 du CPI.

4.2 IMPACT ÉCONOMIQUE

S'agissant des programmes de radio, le rapport de l'Inspection des affaires culturelles précité souligne que le modèle économique de l'écosystème des podcasts est loin d'être stabilisé. Le financement par la publicité et le parrainage, bien que majoritaire, demeure modeste (inférieur à 10 M€). Une partie de la création est financée par des studios dont l'économie repose sur la production exécutive de podcasts d'entreprise. Enfin, les éditeurs de radio financent leurs podcasts par les recettes publicitaires liées à leur service linéaire (et par la redevance pour le service public – Radio France, RFI et Arte Radio).

Si l'économie du secteur est assez réduite, les enjeux culturels sont en revanche considérables : aujourd'hui en effet les acteurs sont à la fois des TPE et des PME françaises, des grands éditeurs nationaux, mais aussi des filiales de grands groupes internationaux du numérique et de l'internet (GAFAN et autres), tous désormais présents et actifs dans l'écosystème des podcasts.

La croissance de ce secteur a récemment été confirmée par la publication d'une étude dédiée par Médiamétrie : le nombre d'auditeurs mensuels de podcasts natifs est en croissance de 48 % par rapport à 2019 et atteint 4,6 millions. Si l'on y ajoute la consommation des rediffusions d'émissions de radio, le chiffre total est porté à 12,3 millions d'auditeurs mensuels, en croissance de 14 %[37].

Pour favoriser, au cours de ces prochaines années, la croissance de l'écosystème des podcasts, il importe donc de soutenir les capacités de financement de programmes de création susceptibles de répondre aux attentes des auditeurs. L'extension du droit voisin des radios constitue une avancée utile de ce point de vue.

Cette extension est également opportune dans le champ télévisuel, en particulier en ce qui concerne la transmission en direct sur Internet de rencontres sportives. La consolidation du droit pour les télédiffuseurs de s'opposer à la mise à la disposition du public non autorisée de leurs programmes sportifs s'avère pertinente au regard du préjudice subi par ceux-ci du fait des actes de contrefaçon en ligne et des mesures prévues à l'article 3 du projet en vue de lutter contre ce phénomène.

La consommation illicite de retransmissions sportives en ligne joue un rôle considérable dans le manque à gagner des diffuseurs de la télévision payante. L'étude sur l'impact économique de la

[37] Les chiffres clés de la consommation des podcasts en France, Médiamétrie. 24 septembre 2020.

consommation illicite en ligne de contenus audiovisuels et de retransmissions d'évènements sportifs présentée par la HADOPI en décembre 2020 évalue ainsi la part du manque à gagner de la télévision payante en lien direct avec la consommation illicite de contenus sportifs à près de 80M€.

5. CONSULTATION MENÉE ET MODALITÉS D'APPLICATION

5.1 CONSULTATION MENÉE

Ces dispositions sont soumises, à titre facultatif, à l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, à l'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

5.2 MODALITÉS D'APPLICATION

5.2.1 Application dans le temps

Cette disposition entre en vigueur au lendemain de la publication de la loi au Journal officiel.

5.2.2 Application dans l'espace

La mesure envisagée s'applique en France métropolitaine et dans les îles Wallis-et-Futuna.

5.2.3 Textes d'application

La mise en œuvre de cette disposition ne nécessite pas de texte d'application.

Articles 3 et 10 : Lutte contre le piratage des contenus sportifs en direct

1. ÉTAT DES LIEUX

Le piratage concerne aujourd'hui non seulement les contenus culturels mais aussi, et de manière très substantielle, les retransmissions de manifestations sportives en direct.

Une baisse globale du piratage des œuvres audiovisuelles est observée. En revanche, les pratiques de piratage de retransmission de contenus sportifs connaissent une augmentation dynamique, en particulier en « live streaming ». Les consommateurs illicites de contenus sportifs sont particulièrement assidus : 65 % d'entre eux en consomment au moins une fois par semaine (de façon légale ou illégale). Le football est de loin le sport le plus regardé (légalement ou illégalement) par les consommateurs illicites de contenus sportifs en France (77 % des consommateurs illicites de contenus sportifs sont amateurs de football) devant le tennis (44 %), le rugby (43 %), l'athlétisme (35 %) et le cyclisme (35 %)[38].

En 2018, le nombre d'internautes pirates utilisant les services de « live streaming »[39] à des fins de visionnage de manifestations sportives a ainsi atteint un record avec en moyenne sur les 4 premiers mois de l'année plus de 11 millions d'utilisateurs[40]. Au second semestre 2018, chaque mois entre 1,4 et 2 millions d'internautes consultent les principaux sites de live-streaming sportif[41]. Cette tendance est marquée par une saisonnalité plutôt importante, les mois avec les audiences les plus faibles étant ceux où toutes les compétitions ne sont pas disputées[42] et les trois mois de compétitions de septembre à novembre ont tous des audiences supérieures à 1,7 millions d'internautes illicites.

Le football concentre la majorité de la consommation illégale de contenus sur le protocole de live-streaming. La compétition la plus affectée, est la Ligue des Champions de l'UEFA[43]. En 2018, chaque journée était regardée illégalement par 677 000 internautes en France, avec

---

[38] Etude de la HADOPI de décembre 2020 sur l'impact économique de la consommation illicite en ligne de contenus audiovisuels et de retransmissions d'évènements sportifs

[39] Les sites de live streaming, qui permettent de regarder des contenus diffusés en direct, se multiplient sur le web mais aussi en accès simplifié et agrégé via des boîtiers dits « set top box » configurés à cette fin (8 % des consommateurs illicites). Une partie significative de la consommation sur ces boîtiers porte sur les événements sportifs en direct.

[40] « La consommation illégale de vidéos en France », étude Mediamétrie-ALPA, juillet 2019.

[41] Données d'audience recueillies par Médiamétrie

[42] La Ligue des Champions et la Ligue 1 s'interrompent en décembre et janvier

[43] selon les chiffres fournis par l'Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle (ALPA) et Médiamétrie

jusqu'à près de 400 000 spectateurs. Cette tendance semble à la hausse, car au cours du premier semestre 2019 deux matchs de Ligue 1 ont connu des audiences supérieures à 500 000 spectateurs illicites. Même si la grande majorité de la consommation correspond à des contenus de football, d'autres sports sont régulièrement concernés. L'étude précitée indique que la formule 1 et le top 14 de rugby (championnat de France de Rugby à XV) sont visionnés en moyenne par 174 000 et 144 000 spectateurs illicites.

En 2019, 17 % des internautes français de 15 ans et plus regardaient des retransmissions sportives en direct (live-streaming). Leur usage est marqué par une fréquence plutôt importante, 52 % d'entre eux le faisant au moins trois fois par semaine, mais aussi par une relative récence car si 39 % des « live-streamers » ont commencé avant 2017, près de la moitié (46 %) a commencé en 2018, soit moins d'un an[44]. Ces internautes ont un profil jeune, 53 % a moins de 35 ans, masculin (67 %) et CSP+ (44 %). C'est également un profil plus consommateur y compris d'offre légale, car plus du tiers d'entre eux ont accès à un abonnement de télévision payante (69 %) ou de vidéo à la demande (72 %). L'offre illicite de contenus sportifs sur les services de streaming cannibalise aujourd'hui l'offre légale : 45 % des consommateurs de contenus sportifs en live-streaming illicite ont déclaré s'être désabonnés d'une offre légale[45].

La HADOPI considère que ces évaluations pourraient sous-estimer la réalité des pratiques dans la mesure où certains modes d'accès illicites utilisés dans ce secteur rendent l'exercice d'estimation de la consommation illicite de contenus sportifs particulièrement difficile. Ainsi, à la différence des protocoles illicites traditionnels utilisés pour accéder à des contenus audiovisuels, l'accès à l'IPTV (télévision par internet) illicite, via l'utilisation de boitiers par exemple, ne peut faire l'objet de mesures directe d'audiences.

Mécaniquement, ces pratiques ont un impact économique important sur les acteurs de la filière, même si le manque à gagner n'a pas encore été estimé officiellement. En affectant structurellement l'économie des chaînes de télévision payante, donc plus généralement celle des droits de retransmission de manifestations sportives, le piratage de retransmissions sportives impacte le financement de l'ensemble de l'écosystème sportif, notamment des clubs professionnels et amateurs.

2. NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1 NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER

La lutte contre le piratage des contenus sportifs pose deux problématiques spécifiques tenant, d'une part, à l'identification des fondements juridiques susceptibles de légitimer les procédures à l'encontre des sites illicites et, d'autre part, à l'adéquation des procédures de blocage existantes aux enjeux spécifiques posés par le piratage de contenus sportifs.

---

[44] Etude sur « La consommation illicite de programmes TV en direct » réalisée par la HADOPI

[45] « La consommation illicite de programmes TV en direct » précitée

2.1.1 L'identification des fondements juridiques susceptibles de légitimer les procédures à l'encontre des sites illicites

Deux dispositions offrent aujourd'hui un fondement à la protection des manifestations sportives.

- *L'article L. 333-1 du Code du sport*

Les contenus sportifs relèvent tout d'abord de l'article L. 333-1 du Code du sport qui précise que les fédérations sportives, ainsi que les organisateurs de manifestations sportives sont propriétaires du droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent.

Ce droit de propriété adopte la forme d'un monopole d'exploitation, y compris sur l'image des manifestations, et s'apparente très largement à un droit voisin, avec l'originalité de ne pas être inscrit au Code de la propriété intellectuelle.

Il importe toutefois de relever que ce droit d'exploitation audiovisuelle comporte diverses limites, dont l'une tient à l'absence de protection pénale spécifique.

- *L'article L. 216-1 du code de propriété intellectuelle*

Les contenus sportifs peuvent également être protégés au titre de l'article L. 216-1 du CPI qui consacre le droit pour les entreprises de communication audiovisuelle d'autoriser la reproduction de leurs « programmes », ainsi que leur mise à la disposition du public par vente, louage ou échange, leur télédiffusion ou leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée[46].

La possibilité pour les chaînes de télévision de s'appuyer sur ce droit voisin afin de lutter contre la diffusion illicite de programmes sportifs ne paraît pas pleinement satisfaisante, notamment en ce qu'elle ne permet pas d'appréhender la diffusion de contenus sportifs provenant de la captation de signaux de radiodiffuseurs établis hors de France. Les radiodiffuseurs ne peuvent en effet agir que pour l'utilisation de leurs programmes propres et non à l'égard de la diffusion d'un même évènement par des radiodiffuseurs d'autres pays.

En l'état, aucun de ces fondements juridiques ne semble pouvoir à lui seul fonder un dispositif complet et efficace de lutte contre la contrefaçon. Un tel dispositif semble devoir combiner et articuler ces différents fondements.

2.1.2 L'adéquation des procédures de blocage existantes aux enjeux spécifiques posés par le piratage de contenus sportifs

[46] La Cour de justice de l'Union européenne a précisé, dans un arrêt du 4 octobre 2011 (affaire « Murphy ») que la ligue de football anglaise ne pouvait revendiquer aucun droit d'auteur sur les matchs de football, ceux-ci « *n'étant pas qualifiables d'œuvres* ». La même décision laisse en revanche la voie ouverte à d'autres types de protections.

Par ailleurs, les organisateurs de manifestations sportives et les chaînes de télévision ne peuvent s'appuyer sur aucune procédure judiciaire spécifique pour obtenir directement des Fournisseurs d'accès à Internet (FAI) ou des moteurs de recherche des mesures de blocage et de déréférencement en cas de piratage de leurs contenus sportifs.

Les organisateurs de manifestations sportives peuvent fonder leurs actions sur les règles du droit commun (article 6-I 2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et l'article 1386 du code civil), tandis que les chaînes de télévision peuvent agir sur le fondement de l'article L. 336-2 du CPI.

Ces procédures ne s'avèrent toutefois pas satisfaisantes eu égard à la spécificité du piratage des contenus sportifs et à l'urgence inhérente aux retransmissions audiovisuelles en direct de manifestations sportives.

Le piratage des contenus sportifs présente donc des particularités importantes qui imposent de concevoir des outils spécifiques.

Les contenus sportifs sont tout d'abord des évènements ponctuels qui impliquent une diffusion répétée sur une période bien délimitée pouvant toutefois durer de quelques jours à quelques mois.

Les modalités de lutte contre le piratage sportif doivent intégrer cette particularité et permettre la mise en œuvre de mesures visant non seulement une manifestation sportive isolée (un match de football ou de tennis) mais aussi, et surtout, le championnat dans le cadre duquel s'inscrit cette manifestation (la ligue 1 de football ou le tournoi de Roland Garros).

Par ailleurs, à la différence des contenus culturels, les contenus sportifs ont une valeur assez éphémère limitée à la durée de l'évènement lui-même. Dans ces conditions, toute diffusion illicite en direct cause un préjudice instantané. À chaque minute de diffusion, l'évènement perd de sa valeur.

Afin de promouvoir la recherche de solutions nouvelles, des ligues et fédérations et des chaînes de télévision ont engagé à partir de 2016 une réflexion conjointe afin de mener plusieurs actions pour lutter contre le piratage de contenus audiovisuels sportifs. Cette réflexion a conduit à l'adoption d'une disposition législative sur le sujet, dans le cadre de la loi du 1er mars 2017 visant à préserver l'éthique du sport, à renforcer la régulation et la transparence du sport professionnel et à améliorer la compétitivité des clubs. L'article 24 de cette loi encourage ainsi la conclusion d'accords professionnels pour lutter contre le piratage d'images de compétitions. Il ne prévoit en revanche aucune obligation de résultat.

De fait, le primat accordé par cette disposition à la négociation professionnelle présentait aux yeux de ses initiateurs de nombreux mérites :

- elle ne venait pas accroître les sanctions pesant sur les internautes mais visait à associer l'ensemble des acteurs pouvant avoir un rôle ou un impact effectif sur le piratage (fédérations sportives, opérateurs de plateformes en ligne, éditeurs de services de communication au public

en ligne, titulaires de droits d'auteurs et de droits voisins sur les contenus audiovisuels, diffuseurs, hébergeurs et FAI) à la recherche de bonnes pratiques et de solutions ;

- elle permettait d'envisager à terme une limitation des coûts et délais associés à la saisine et à l'instruction par un juge des cas de piratage identifiés.

Le Comité national olympique et sportif français, plusieurs fédérations et ligues professionnelles, ainsi que des diffuseurs audiovisuels ont entendu faciliter et encourager cette négociation au travers de la création, le 23 janvier 2018, de l'Association pour la protection des programmes sportifs (APPS).

Aucun accord professionnel n'a toutefois été conclu sur la base de l'article 24 de la loi du 1er mars 2017.

2.2 Objectifs poursuivis

Les dispositifs juridiques de lutte contre la piraterie des contenus sportifs posent une problématique propre et qui est la détermination des modalités particulières de blocage des contenus sportifs diffusés sans autorisation en direct sur Internet. Cet objectif suppose en effet d'adapter les procédures contentieuses ou administratives pour permettre des solutions dites de blocage en direct (en anglais « live blocking ») ponctuelles et ciblées. Il importe, par ailleurs, que le dispositif retenu puisse s'appliquer pour l'ensemble d'une saison ou d'une compétition, afin d'éviter aux titulaires de droits de devoir introduire un nouveau recours contentieux chaque semaine.

3. OPTIONS ENVISAGÉES ET DISPOSITIF RETENU

3.1 Options envisagées

Une première option consisterait à consacrer une injonction administrative de blocage. La législation italienne permet ainsi à l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), saisie par les ayants droit, d'enjoindre aux FAI de bloquer un site diffusant illicitement des contenus sportifs.

L'ARCOM pourrait ainsi se voir reconnaître, sous le contrôle du juge, le pouvoir d'enjoindre aux intermédiaires techniques de prendre les mesures nécessaires pour empêcher l'accès à des sites.

Une telle évolution susciterait néanmoins des interrogations importantes au regard du droit constitutionnel. Il n'est en effet pas certain que l'atteinte causée à la liberté d'entreprendre, à la liberté d'expression et à la liberté de communiquer par une mesure administrative de blocage d'accès à un site internet comportant des contenus contrefaisants serait considérée comme proportionnée.

Une seconde option consisterait à mobiliser l'ensemble des dispositifs, tels que modifiés par l'article 1er du présent projet de loi, visant à remédier aux violations du droit d'auteur :

– l'approche ayant pour objet d'assécher les ressources financières des sites contrefaisants (approche dite « Follow the money »). Il s'agirait dès lors d'assécher les revenus des sites et services proposant des contenus en live streaming ou donnant accès à des tels contenus ;

– les actions en blocage et en déréférencement à l'encontre des FAI et des moteurs de recherche, fondées sur l'article L. 336-2 du CPI ;

– les procédures visant à lutter contre les pratiques de contournement des mesures prononcées par le juge (« sites miroirs »).

De telles procédures ne permettent toutefois pas la mise en œuvre de mesures suffisamment préventives et dynamiques pour répondre aux enjeux de protection des manifestations sportives susmentionnés (cf. valeur éphémère des compétitions et répétition des atteintes dans le temps).

Une dernière option consisterait à consacrer dans le code du sport la possibilité d'injonctions judiciaires dynamiques pour des blocages temporaires et en temps réel.

Au Royaume-Uni, la justice a ainsi accédé en mars 2017 à la demande de la Football Association Premier League (FAPL) aux fins d'obtention (jusqu'en mai 2017), en temps réel et de manière récurrente dans le temps pendant une saison, de mesures de blocage de serveurs diffusant illicitement leurs rencontres sportives, pour la durée du match uniquement. Des injonctions similaires ont été rendues pour les saisons suivantes. La Haute Cour d'Irlande, en se fondant sur la jurisprudence développée au Royaume-Uni, a rendu le 15 juillet 2019, une injonction de blocage IP dynamique en temps réel, limitée à la durée des matchs, pour bloquer l'accès aux contenus sportifs de la Premier League

Sur ces modèles étrangers, le code du sort pourrait reconnaître la possibilité pour le juge d'édicter des ordonnances dynamiques permettant de bloquer, à partir d'une unique décision, plusieurs site ou services diffusant une retransmission sportive de manière illicite, que ces sites soient ou non identifiés. Une telle option, dont le caractère préventif est très prononcé, devrait être accompagnée d'un certain nombre de garanties.

3.2 Dispositif retenu

La solution retenue s'inspire des dispositifs existants (notamment de l'article L. 336-2 du CPI) qui permettent à un juge d'enjoindre à un intermédiaire technique de bloquer l'accès à un site ou à un service de streaming (services de communication au public en ligne) ou de déréférencer un tel site.

Elle innove néanmoins afin de tenir compte à la fois de l'urgence inhérente aux retransmissions audiovisuelles en direct de manifestations sportives et de la nécessaire actualisation des mesures de blocage et déréférencement.

L’article 23 du projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l’ère numérique reposait sur un mécanisme judiciaire en deux temps.

L’article 23 octroyait à tout titulaire d’un droit de retransmission d’une compétition ou d’une manifestation sportive la possibilité de saisir le juge afin d’obtenir la mise en œuvre de mesures de blocage ou de déréférencement de sites Internet identifiés pour chacune des journées figurant au calendrier officiel d’une compétition ou d’une manifestation sportive, dans la limite d’une durée de deux mois.

Dans le délai fixé par le juge pour la mise en œuvre de ces mesures, les titulaires de droits pouvaient néanmoins engager une seconde action dans l’hypothèse où il continuait d’être porté atteinte à leurs droits non seulement sur les sites Internet identifiés dans la décision initiale du juge mais aussi, et surtout, sur d’autres sites Internet. Le juge pouvait alors prononcer, pour une durée maximale de neuf mois, une injonction de blocage ou de déréférencement à l’encontre de l’ensemble des sites contrefaisants, qu’ils soient ou non identifiés à la date de cette injonction.

Ce dispositif judiciaire en deux étapes n’a pas convaincu la commission des affaires culturelles de l’Assemblée nationale qui l’a profondément remanié lors de l’examen du projet de loi du 2 au 5 mars 2020. Les critiques émises portaient notamment sur :

- l’absence d’efficacité de la première ordonnance du juge, compte tenu du risque très fort de contournement de celle-ci, immédiatement après son prononcé, par la diffusion des contenus sportifs sur d’autres sites non visés par cette décision ;

- le gel résultant de ce système en deux temps quant à l’action des ayants droit, qui étaient contraints d’attendre l’échec avéré de la première ordonnance pour pouvoir saisir à nouveau le juge ;

- le caractère inapproprié d’une approche en deux temps, au regard de la courte durée caractérisant la plupart des évènements sportifs, et de l’effet immédiat et irrémédiable du préjudice lié au piratage de ces programmes, dont la valeur est liée à leur diffusion en direct ;

- la lourdeur du système proposé au regard des réponses efficaces et plus rapides développées dans d’autres pays européens.

<u>L’article 3 du présent projet de loi prend en compte ces critiques et s’attache à simplifier l’approche initialement retenue en consacrant une phase judiciaire unique.</u>

L’article 3 du projet de loi octroie à tout titulaire d’un droit de retransmission d’une compétition ou d’une manifestation sportive, que ce soit sur le fondement de l’article L. 333-1 du code du sport, de l’article L. 216-1 du CPI ou d’un contrat d’exclusivité, la possibilité de saisir le juge afin d’obtenir une mesure de blocage ou de déréférencement d’un site dont l’objectif principal ou l’un des objectifs principaux est la diffusion sans autorisation de compétitions ou manifestations sportives.

Cette saisine, en vue d'obtenir le prononcé de mesures préventives, est subordonnée au constat préalable d'atteintes graves et répétées au droit d'exploitation audiovisuelle. Les titulaires de droits devront fournir au juge des éléments permettant d'étayer ce constat.

Ayant constaté le caractère massif de la violation des droits d'exploitation, le juge pourra alors ordonner, afin de prévenir ou de remédier à de nouvelles, au besoin atteintes graves et irrémédiables à ces mêmes droits, la mise en œuvre de mesures de blocage ou de déréférencement de sites internet, qu'ils soient ou non identifiés, pour chacune des journées figurant au calendrier officiel de la compétition ou de la manifestation sportive, dans la limite de la durée de la saison sportive concernée. Ces mesures ne peuvent concerner que des sites dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est la diffusion sans autorisation de compétitions ou manifestations sportives. Il en va ainsi de nombreux sites de streaming spécialisés et des box IPTV qui émettent en continu des flux permettant de visionner sans autorisation des manifestations sportives[47].

A cet égard, il est à relever que l'appréciation du caractère illicite des diffusions sportives, notamment de la part des intermédiaires techniques, est aisée à trancher et ne peut être source d'interprétations plus ou moins subjectives : soit une diffusion d'un évènement sportif est effectuée par un diffuseur autorisé et elle est alors licite ; soit une diffusion d'un évènement sportif n'est pas effectuée par un diffuseur autorisé et elle est alors illicite. L'intervention du juge pour trancher cette question n'est donc pas jugée nécessaire au-delà de l'ordonnance initiale.

Le constat du caractère massif des violations et le ciblage des sites dont l'objet est principalement illicite doivent permettre d'éviter des mesures de sur-blocage, l'article 3 du projet de loi apporte une garantie supplémentaire en prévoyant l'intervention de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) dans l'exécution de l'ordonnance initiale s'agissant des sites qui n'y sont pas identifiés.

Il incombera aux titulaires de droits de communiquer à l'ARCOM les éléments d'identification des sites qui retransmettent en direct les manifestations sportives de manière illicite. Une fois que les agents de cette autorité auront constater que ces sites diffusent illicitement la compétition ou la manifestation sportive ou ont pour objectif principal ou un des objectifs principaux une telle diffusion, l'autorité notifiera les données d'identification de ces sites aux fournisseurs d'accès à internet ou aux moteurs de recherche afin que ces derniers prennent les mesures ordonnées à l'égard de ces sites pendant toute la durée des mesures restant à courir.

L'article 3 du projet de loi prévoit, à l'instar de ce qui est prévu dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, la possibilité pour les agents assermentés et habilités de l'ARCOM de participer sous un pseudonyme à des échanges sur un site illégal et d'extraire par ce moyen des éléments de preuve sur ce service à des fins de caractérisation.

[47] Etude - La consommation illicite de programmes TV en direct, Hadopi, 23 mai 2019.

Lorsqu'il ne sera pas donné suite à la notification de l'ARCOM, l'autorité judiciaire pourra être saisie, en référé ou sur requête, pour ordonner toute mesure destinée à faire cesser l'accès à ces services.

Enfin, le projet de loi incite les titulaires de droits concernés et les FAI à conclure des accords visant à lutter contre la diffusion illicite de manifestations sportives et à répartir le coût des mesures ordonnées par le juge.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGÉES

4.1 IMPACT JURIDIQUE

L'article 3 du projet de loi prévoit d'insérer un nouvel article L. 333-10 dans le code du sport.

Cette disposition s'insère dans une nouvelle section consacrée à la « Lutte contre la retransmission illicite des manifestations et compétitions sportives ».

Il n'est pas proposé d'intégrer ces nouvelles dispositions dans l'article L. 331-1 du code du sport dans la mesure où celui-ci se rapporte uniquement au droit de communication audiovisuelle, tandis que la nouvelle voie de droit créée couvre également le droit voisin des organismes de radiodiffusion et les accords d'exclusivité.

L'article 10 du projet de loi insère un nouvel article 20-8 au sein de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Il s'agit d'une mesure de coordination.

4.2 IMPACT ÉCONOMIQUE

La consommation de contenus audiovisuels illicites a des impacts, non seulement sur l'ensemble de la chaîne de valeur audiovisuelle mais aussi, de façon plus ou moins directe, sur une multitude d'acteurs d'industries connexes. Le secteur du sport, dont la diffusion audiovisuelle constitue une part essentielle de son activité, est notamment concerné, la retransmission télévisée des compétitions sportives étant l'un des éléments fondamentaux de l'offre des éditeurs de chaînes payantes et gratuites.

Le rapport de la HADOPI de décembre 2020 précise que l'écosystème du sport repose sur quatre piliers économiques :

- la billetterie en stade permettant d'assister aux compétitions et événements sportifs gérée par les clubs, ligues ou fédérations ;

- la vente des droits de retransmission audiovisuelle des compétitions professionnelles, gérée par les ligues et fédérations sportives ;

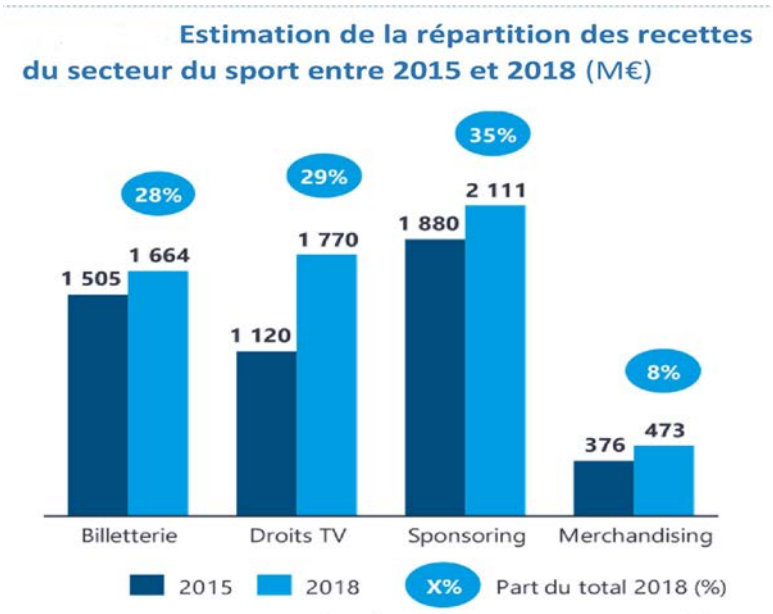
- les partenariats et sponsoring d'entités souhaitant associer leur image à une compétition, un club ou une fédération ;

- le merchandising et la vente de produits dérivés gérée par les clubs, ligues et fédérations.

Les professionnels du secteur génèrent également des recettes issues de la vente et du transfert de joueurs professionnels mais celles-ci sont très volatiles et ne concernent véritablement que quelques compétitions. Parmi les principales composantes économiques des recettes du secteur, la vente des droits télévisés est le plus directement en lien avec la diffusion audiovisuelle. Le montant de la vente des droits de retransmissions des événements sportifs est lié au nombre de diffusions, à la structure concurrentielle du marché, aux audiences et à l'intérêt des téléspectateurs pour la compétition.

Le sponsoring constitue la première source de revenus avec plus de 2 milliards d'euros de revenus en 2018, suivie par la vente des droits audiovisuels avec près de 1,8 milliards d'euros, soit 29 % de l'ensemble des recettes.

A cet égard, la vente de droits audiovisuels a nettement progressé au cours des dernières années. Le montant total estimé de la vente de droits de diffusion en France a progressé de 58 % entre la saison 2015-16 et 2018-19.



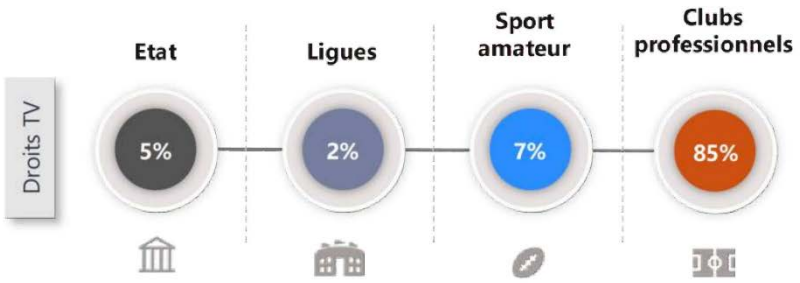
Source : Estimations PMP données Sporsora, Pwc, Ligues, clubs

Les ligues de sport professionnel, qui disposent d'une délégation de pouvoir des fédérations pour assurer la représentation, la gestion et l'organisation des compétitions sportives professionnelles – comme par exemple la Ligue de football professionnel (LFP) ou la Ligue nationale de basket (LNB), bénéficient en général aussi d'un droit de commercialisation des droits de diffusion et de l'image de la compétition. A ce titre, elles perçoivent l'essentiel de la rémunération générée par la commercialisation de ces droits.

Les ligues conservent une part de ces recettes pour leur frais de fonctionnement et en reversent une majorité aux clubs professionnels et, dans une moindre mesure, à la fédération et au sport amateur, notamment par le biais de taxes spéciales (les recettes de ventes de droits de télévisions sont soumises à la contribution sur la cession à un service de télévision des droits de diffusion de manifestations ou de compétitions sportives, ou « taxe Buffet », fixée à 5 % du montant des encaissements) et d'engagements de solidarité (les ligues doivent, en vertu de l'article L. 333-3 du code du sport, prendre des engagements en faveur du développement du sport amateur et y affecter une part de leurs recettes par le biais des fédérations[48]).

Après prélèvement de la TVA de 5 % sur la cession des droits sportifs, la répartition finale des recettes profite aux clubs professionnels, à hauteur d'environ 85 %, au sport amateur (7 %) et aux ligues (2 %).

Estimation de la répartition de la valeur du marché des droits sportifs télévisés entre les principaux acteurs de l'écosystème



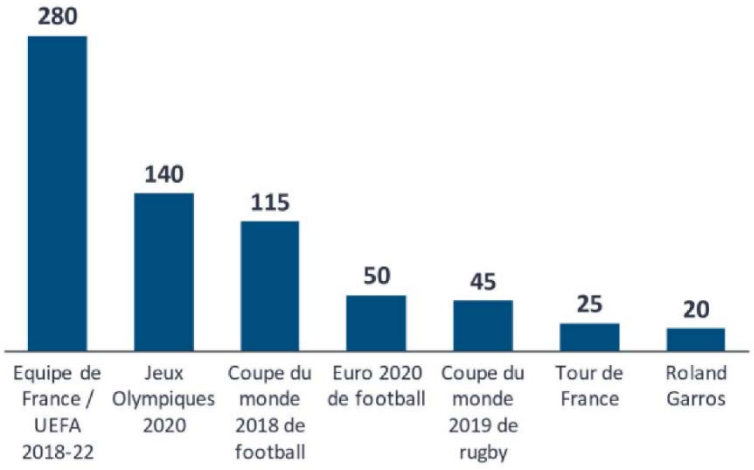
Source : Estimations PMP sur données Sporsora, Pwc, Ligues, clubs

Les diffuseurs de contenus sportifs, bien qu'impliqués indirectement dans la gestion de la pratique sportive, interviennent à l'amont de la chaîne de valeur et constituent désormais, via l'achat de droits, un des premiers financeurs du marché.

La diffusion de contenus sportifs est majoritairement concentrée sur la télévision payante. En effet, en 2018, Le volume horaire de sport à la télévision était évalué à 8 781 heures pour la télévision gratuite et 137 447 heures pour la télévision payante.

[48] Par exemple, la Ligue de Football Professionnel prévoit dans ses statuts de verser chaque saison à la FFF une contribution financière en faveur du sport amateur dont le montant correspond à 2,5 % des recettes des ventes de droits audiovisuels.

Estimations des montants d'achats des droits de diffusion des principales compétitions diffusées en télévision gratuite pour la période 2018-2022 (M€)



Source : Estimations PMP à partir des montants des principales transactions réalisées par la télévision payante (source : presse, ligues, fédérations et clubs)

La consommation illicite de retransmissions sportives en ligne joue un rôle considérable dans le manque à gagner des diffuseurs de la télévision payante. Cette part du manque à gagner est évaluée à plus de 30 % du manque à gagner total subi par les diffuseurs de TV payante, soit près de 80 M€ sur un total de 260 M€.

La société Canal Plus estimait en 2016 que le piratage lui aurait déjà fait perdre plus de 500 000 abonnés, soit un chiffre d'affaires d'environ 200 millions d'euros.

Enfin, la consommation illicite de retransmissions sportives en ligne, en plus de jouer un rôle considérable dans le manque à gagner des diffuseurs de la télévision payante, affecte également la billetterie sportive. Ce phénomène, très limité par les contraintes géographiques des rencontres, la capacité des stades et le prix des billets, représente tout même un manque à gagner évalué 1 % du marché de la billetterie, soit 20 M€.

La consommation illicite de retransmissions d'événements sportifs affecte donc la diffusion mais également la visibilité associée à une compétition, la fréquentation des stades et le financement du secteur dans son ensemble, y compris la pratique du sport amateur.

Lutter contre le piratage permettrait de réduire les pertes de recettes pour les acteurs du sport professionnel, et par voie de conséquence, du sport amateur, dont le financement repose en effet en bonne partie sur les recettes du sport professionnel. A son tour, le financement d'une partie du sport amateur par l'écosystème sportif lui-même permettrait aux acteurs publics de réaliser des économies substantielles.

5. CONSULTATIONS ET MODALITÉS D'APPLICATION

5.1 CONSULTATIONS MENÉES

Ces dispositions sont soumises à l'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et, à titre facultatif, à l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

5.2 MODALITÉS D'APPLICATION

5.2.1 Application dans le temps

Ces dispositions entrent en vigueur au lendemain de la publication de la loi au Journal officiel.

5.2.2 Application dans l'espace

La disposition s'applique sur l'ensemble du territoire national.

5.2.3 Textes d'application

La mise en œuvre de cette disposition ne nécessite pas de texte d'application.

SECTION 2 – DISPOSITIONS MODIFIANT LA LOI N° 86-1067 DU 30 SEPTEMBRE 1986 RELATIVE À LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION

Articles 4 et 7 : Reprise par l'ARCOM des missions de la HADOPI et mission générale de l'ARCOM en matière de propriété littéraire et artistique

1. ETAT DES LIEUX

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) sont deux autorités publiques indépendantes chargées d'appliquer deux corpus normatifs pour l'essentiel distincts, qui déterminent également le champ de compétences et les pouvoirs respectifs des deux autorités de régulation :

- la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication pour le CSA, chargé de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle par tout procédé de communication électronique ;

- le code de la propriété intellectuelle (CPI) pour la HADOPI, en charge notamment, aux termes de l'article L. 331-13, d'une mission de protection des droits d'auteur et des droits voisins contre les atteintes qui y sont portées sur les réseaux de communications électroniques.

Chaque autorité rend compte dans son rapport annuel de l'exercice de ses missions respectives : au titre de l'article L. 331-14 du CPI pour la HADOPI, au titre de l'article 18 de la loi du 30 septembre 1986 pour le CSA. La remise de ces rapports est aujourd'hui encadrée par l'article 21 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 qui dispose que « *Toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante adresse chaque année, avant le 1er juin, au Gouvernement et au Parlement un rapport d'activité rendant compte de l'exercice de ses missions et de ses moyens*. ».

2. NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

La fusion, prévue au projet de loi, du CSA et de la HADOPI au sein de la nouvelle Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), implique des modifications du CPI et de la loi du 30 septembre 1986, afin d'y inscrire les compétences futures de l'ARCOM. Par ailleurs, les missions de la future autorité de régulation, s'agissant du

respect de la propriété littéraire et artistique dans le secteur de la communication audiovisuelle et numérique, sont également à préciser.

3. OPTIONS POSSIBLES ET DISPOSITIF RETENU

3.1 OPTIONS ENVISAGÉES

Il aurait pu être envisagé de transférer l'ensemble des dispositions du CPI relatives à la HADOPI dans la loi du 30 septembre 1986 afin d'assurer une meilleure accessibilité du cadre juridique applicable aux secteurs que l'ARCOM sera amenée à réguler.

Cette option n'a pas été retenue compte tenu de la spécificité des missions qui incombent aujourd'hui à la HADOPI et demain à l'ARCOM : les dispositions en cause ont et conserveront leur place naturelle au sein du code de la propriété intellectuelle.

En outre, il existe déjà au sein du CPI un mécanisme de renvoi à la compétence du CSA s'agissant d'une part des mesures techniques de protection mises en œuvre par les éditeurs et distributeurs de services de télévision et d'autre part de la mise à disposition par les distributeurs de services de radio ou de télévision de services de stockage[49].

3.2 DISPOSITIF RETENU

Il a donc été décidé de conserver au sein du CPI la détermination des missions que l'ARCOM assurera. Toutefois, il apparaît plus pertinent de ne conserver qu'une seule mention de l'existence d'un rapport annuel et de modifier à cette fin les dispositions de l'article 18 de la loi du 30 septembre 1986.

Par ailleurs, dans le cadre de la fusion entre le CSA et la HADOPI au sein de l'ARCOM, les missions de l'instance de régulation audiovisuelle sont élargies à la protection du droit d'auteur contre les atteintes à ce droit commises sur les réseaux de communications électroniques.

---

[49] Art. L. 331-9 du CPI : « Les éditeurs et les distributeurs de services de télévision ne peuvent recourir à des mesures techniques qui auraient pour effet de priver le public du bénéfice de l'exception pour copie privée, y compris sur un support et dans un format numérique, dans les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 122-5 et au 2° de l'article L. 211-3.

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel veille au respect des obligations du premier alinéa dans les conditions définies par les articles 42 et 48-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Lorsqu'un distributeur d'un service de radio ou de télévision met à disposition un service de stockage mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 311-4, une convention conclue avec l'éditeur de ce service de radio ou de télévision définit préalablement les fonctionnalités de ce service de stockage.

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut être saisi par un éditeur ou un distributeur des services de tout différend relatif à la conclusion ou à l'exécution de la convention mentionnée à l'avant-dernier alinéa du présent article et rendre une décision dans les conditions définies à l'article 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 précitée. »

En outre, dans le cadre de la réforme du régime de contribution à la production des éditeurs de services adoptée dans le cadre de l'ordonnance n° 2020-1642 du 21 décembre 2020 portant transposition de la directive 2018/1808 (« services de médias audiovisuels »)[50], il a été prévu que le CSA ne prenne pas en compte les investissements d'un éditeur dans une œuvre, dans l'hypothèse où le contrat portant sur cette œuvre ne respecterait pas le droit d'auteur.

Pour ces raisons, il apparaît opportun de compléter les missions de l'autorité publique indépendante énoncées à l'article 3-2, pour affirmer clairement qu'elle veille au respect de la propriété littéraire et artistique dans le secteur audiovisuel et numérique.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIFS RETENUS

4.1 IMPACTS JURIDIQUES

La mesure se traduit par :

- l'insertion d'un nouvel article 3-2 au sein de la loi du 30 septembre 1986 qui prévoit que l'ARCOM assure les missions prévues à l'article L. 331-12 du code de la propriété intellectuelle et veille au respect de la propriété littéraire et artistique dans le secteur audiovisuel et numérique ;

- l'ajout au sein de la liste des items sur lesquels doit porter le rapport annuel de l'ARCOM prévu à l'article 18 de la loi du 30 septembre 1986 des items relatifs au bilan de la mise en œuvre des missions qui lui sont confiées par le CPI.

4.2 IMPACTS SUR LES SERVICES ADMINISTRATIFS

L'impact sur les services du CSA et d'HADOPI sont précisés au sein aux développements de l'article 1er.

[50] Ordonnance n° 2020-1642 du 21 décembre 2020 portant transposition de la directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché, et modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, le code du cinéma et de l'image animée, ainsi que les délais relatifs à l'exploitation des œuvres cinématographiques

5. CONSULTATIONS ET MODALITÉS D'APPLICATION

5.1 CONSULTATIONS MENÉES

Ces dispositions sont soumises, à titre obligatoire, à l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et à titre facultatif, à l'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse et de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

5.2 MODALITÉS D'APPLICATION

5.2.1 Application dans le temps

Ces dispositions entrent en vigueur au lendemain de la publication de la loi au *Journal officiel*.

5.2.2 Application dans l'espace

La mesure envisagée s'applique en France hexagonale et en outre-mer.

5.2.3 Textes d'application

La mise en œuvre de cette disposition ne nécessite pas de texte d'application.

Articles 5, 6 et 20 : Composition de l'ARCOM

1. ÉTAT DES LIEUX

1.1 Composition du Conseil supérieur de l'audiovisuel, mode de désignation et statut des membres

Les règles relatives à la composition et au statut des membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) sont déterminées par les articles 4 et 5 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, sans préjudice des règles générales posées par la loi n° 17-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

Le CSA comprend aujourd'hui sept membres nommés pour six ans par décret. A l'exception de son président, ils sont renouvelés par tiers tous les deux ans.

Leur mandat n'est ni révocable, ni renouvelable (sauf en cas de remplacement d'un membre avant le terme normal de son mandat, si la durée restant à courir est inférieure à deux ans).

Trois membres sont désignés par le Président de l'Assemblée nationale et trois membres par le Président du Sénat.

Depuis la loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, ces nominations ne sont plus le seul fait des présidents des chambres, mais sont soumises, dans chaque assemblée parlementaire, à un avis conforme de la commission permanente chargée des affaires culturelles statuant à bulletin secret à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés.

Le président du CSA est nommé par le Président de la République pour la durée de ses fonctions de membre du conseil.

Depuis la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, le mode de nomination du président du CSA a été modifié. En effet, par application de la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, le président du CSA est nommé par le Président de la République après avis public de la commission chargée des affaires culturelles de chaque assemblée et sous réserve de l'absence d'opposition à la majorité des trois cinquièmes des membres de chaque commission.

La loi du 15 novembre 2013 a également réduit le nombre de membres du CSA de neuf à sept.

Enfin, l'ordonnance n° 2015-948 du 31 juillet 2015 relative à l'égal accès des femmes et des hommes au sein des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes a prévu un dispositif précis permettant le respect de la parité à chaque renouvellement de membres.

1.2 Composition de la HADOPI, mode de désignation et statut de ses membres

La loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information a transposé la directive 2001/29, en introduisant dans le code de la propriété intellectuelle (CPI) des dispositions définissant les mesures techniques de protection et les mesures techniques d'information. Elle avait créé une AAI, l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT) que la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, a remplacée par la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI).

En application des articles L. 331-15 et L. 331-16 du CPI, la Haute Autorité est composée d'un collège et d'une commission de protection des droits. Le collège de la Haute Autorité est composé de neuf membres, dont le président, nommés pour une durée de six ans par décret :

« *1° Un membre en activité du Conseil d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat ;*

2° Un membre en activité de la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation ;

3° Un membre en activité de la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes ;

4° Un membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique désigné par le président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique ;

5° Trois personnalités qualifiées, désignées sur proposition conjointe des ministres chargés des communications électroniques, de la consommation et de la culture ;

6° Deux personnalités qualifiées, désignées respectivement par le président de l'Assemblée nationale et par le président du Sénat.

Pour les membres désignés en application des 1° à 4°, des membres suppléants sont désignés dans les mêmes conditions. Le président du collège est le président de la Haute Autorité. Il est élu par les membres parmi les personnes mentionnées aux 1°, 2° et 3°. »

La commission de protection des droits (CPD) est composée, au titre de l'article L 331.17 du CPI, de trois membres, dont le président, nommés pour une durée de six ans par décret :

« *1° Un membre en activité du Conseil d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat ;*

2° Un membre en activité de la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation ;

3° Un membre en activité de la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes.

Des membres suppléants sont nommés dans les mêmes conditions. »

La commission de protection des droits est chargée de mettre en œuvre la procédure dite de « réponse graduée », prévue par les articles L.331-25 et suivants du CPI.

Les fonctions de membre du collège et de membre de la commission de protection des droits sont incompatibles.

Dans l'exercice de leurs attributions, les membres du collège et de la commission de protection des droits ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité.

2. NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1 NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER

La composition et les règles de désignation des membres du CSA et de la HADOPI sont très différentes. La fusion de ces deux autorités au sein de l'ARCOM impose donc au législateur de préciser la composition ainsi que les règles de nomination des membres de la nouvelle autorité.

2.2 OBJECTIFS POURSUIVIS

Il convient d'adapter les compétences ou les expériences requises des membres du collège de l'ARCOM aux missions exercées jusqu'à présent par le CSA et la HADOPI.

3. OPTIONS POSSIBLES ET DISPOSITIF RETENU

3.1 LE NOMBRE DE MEMBRES DU COLLÈGE

3.1.1 L'augmentation du nombre de membres pour tenir compte de l'élargissement des compétences

Il aurait été possible de nommer un ou plusieurs membres supplémentaires, destinés à exercer les fonctions de la Commission de protection des droits (CPD).

Cependant les objectifs de la loi du 15 novembre 2013, qui avait diminué le nombre de membres de neuf à sept restent valables : il s'agissait de renforcer la cohérence de l'action du régulateur audiovisuel et de contribuer à une plus grande cohésion de son collège.

Par ailleurs, les membres du CSA exercent tous leurs mandats à plein temps.

L'augmentation du nombre de membres de l'ARCOM n'a donc pas été retenue.

3.1.2 Option retenue

L'article 5 du projet de loi précise que l'ARCOM comprend, comme le CSA aujourd'hui, sept membres nommés par décret.

Le projet de loi vise à consolider la légitimité, l'expertise et la compétence de ces membres compte tenu des missions de l'autorité à l'égard des acteurs de l'économie numérique et de l'audiovisuel. Ces membres sont ainsi désignés en raison de leurs compétences en matière économique, juridique ou technique ou de leur expérience professionnelle dans le domaine de la communication, notamment dans le secteur audiovisuel ou des communications électroniques, après avis conforme de la commission permanente chargée des affaires culturelles au sein de chaque assemblée.

Le président reste nommé par le Président de la République pour la durée de ses fonctions de membre de l'autorité. En cas d'empêchement du président, pour quelque cause que ce soit, la présidence est assurée par le membre de l'autorité le plus âgé.

Deux membres sont désignés par le Président de l'Assemblée nationale et deux membres par le Président du Sénat.

Deux nouveaux membres sont désignés, respectivement par le vice-président du Conseil d'État et le premier président de la Cour de cassation. L'un est chargé de l'exercice de la mission mentionnée aux articles L. 331-18 à L. 331-23 du code de la propriété intellectuelle, l'autre est son suppléant. L'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique désigne, en dehors de leur présence, parmi ces deux membres celui qui exerce pendant la première moitié de son mandat cette mission. L'autre membre, qui le supplée dans l'exercice de cette mission, lui succède pour l'exercer pendant la deuxième partie de son mandat.

Pour conserver à 7 le nombre de membres de l'Autorité, le nombre des nominations par les présidents de chaque assemblée est ainsi ramené à deux.

3.2 L'EXERCICE DES MISSIONS ACTUELLEMENT CONFIÉES À LA CPD

3.2.1 Le maintien d'une commission chargée de la réponse graduée au sein de l'ARCOM

En réponse à l'explosion du piratage sur les réseaux numériques de contenus soumis à propriété intellectuelle, face auquel la justice était impuissante[51], et auquel les mesures techniques de protection ne répondaient qu'imparfaitement, le législateur a confié à la HADOPI le pouvoir de mettre en œuvre une procédure dite de « *réponse graduée* » pouvant aboutir au prononcé d'une suspension temporaire de l'accès à internet. Ce rôle est plus précisément confié à la commission de protection des droits (CPD), composée en application de l'article L. 331-17 du CPI *« de trois membres, dont le président, nommés pour une durée de six ans par décret :1° Un membre en activité du Conseil d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat ; 2° Un membre en activité de la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation ; 3° Un membre en activité de la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes »* et de membres suppléants nommés dans les mêmes conditions, tandis que les autres missions de l'Hadopi sont exercées par un collège composé de trois membres des mêmes juridictions, d'un membre du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique et de cinq personnalités qualifiées[52].

La création d'une instance distincte répondait à la préoccupation, au regard de la sensibilité des atteintes à la vie privée et à la liberté de communication induites par la procédure de réponse graduée, de confier ces missions à trois personnes exerçant des fonctions juridictionnelles, et présentant à ce titre des compétences et des garanties d'indépendance particulière. Elle traduisait également la nécessité juridique de garantir l'impartialité de cette commission, chargée de mettre en œuvre une action plus ou moins répressive et d'assurer un équilibre entre la défense des libertés individuelles et celle de la protection des ayants-droit.

Cependant, la sanction de suspension temporaire de l'accès à internet a été censurée par le Conseil constitutionnel[53], qui a estimé, compte tenu des conditions dans lesquelles elle était envisagée, que ce pouvoir ne pouvait être attribué qu'à un juge. Cette sanction administrative a donc été remplacée par une contravention de « *négligence caractérisée* » prononcée à l'égard des personnes qui récidivent, en ne prévenant pas le renouvellement de l'utilisation de leur accès internet en violation des droits d'auteur et des droits voisins, malgré une recommandation adressée dans l'année précédant la récidive par la CPD[54]. Cette contravention est sanctionnée par des peines prononcées par un juge, sur saisine du procureur auquel la CPD transmet le dossier : une amende de 5ème classe, assortie le cas échéant d'une peine complémentaire de suspension d'accès à internet. Cette dernière peine n'a été prononcée qu'une fois, avant d'être supprimée par le décret n° 2013-596 du 8 juillet 2013.

La CPD n'est donc plus une instance de sanction ni même de poursuite, ces compétences ayant été transférées respectivement au juge et au procureur, mais une commission d'instruction. La

---

[51] L'Hadopi a reçu en moyenne 57 780 procès-verbaux d'infractions par jour en 2018.

52 Trois désignées sur proposition conjointe des ministres chargés des communications électroniques, de la consommation et de la culture et deux autres désignées respectivement par le président de l'Assemblée nationale et par le président du Sénat.

[53] Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009

[54] Article L.335-7-1 et R. 335-5 du CPI.

séparation des organes de décision n'est, depuis la suppression de ces compétences, plus justifiée par aucune raison juridique. La transmission au procureur pour le prononcé d'une amende ne revêt pas la même sensibilité que le pouvoir de prononcer directement la suspension de l'accès à internet.

Le maintien d'une commission distincte du collège des membres de l'ARCOM chargée d'exercer les compétences relatives à la réponse graduée actuellement dévolues à la CPD est possible mais n'est imposée par aucune exigence constitutionnelle, dans la mesure où cette autorité ne prononce pas de sanctions. Au demeurant, elle contribuerait à un cloisonnement entre les services ainsi qu'à une perte d'efficacité et d'efficience.

3.2.2 Une personnalité qualifiée indépendante

Une autre option aurait consisté à attribuer les fonctions actuellement dévolues à la CPD à une personnalité qualifiée indépendante, non permanente, selon un schéma comparable à celui du rapporteur indépendant chargé des poursuites et des sanctions devant le CSA, nommé par le vice-président du Conseil d'Etat. Cependant, l'indépendance de ce dernier est justifiée par les exigences de séparation des poursuites et des sanctions, qui ne s'appliqueraient pas en l'espèce.

3.2.3 Un membre ou groupe de membres de l'ARCOM choisi par elle

Aujourd'hui, le CSA, autorité collégiale, détermine son mode de fonctionnement et ceux de ses membres qui seront responsables plus particulièrement de tel ou tel secteur ou compétence. Il aurait été possible de faire de même pour l'exercice des mesures prévues par l'article L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle. Il est cependant important que la ou les personnes exerçant les missions de protection des droits présentent des garanties particulières de compétence, d'indépendance et d'impartialité pour traiter une procédure pré-pénale.

3.2.4 Une personnalité qualifiée désignée par le Président de la République

C'était l'option retenue par le projet de loi n° 2488 du 5 décembre 2019 relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique aux termes duquel une personnalité qualifiée était désignée à cet effet comme membre de l'ARCOM par le Président de la République sur une liste de trois membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes, établie conjointement par le vice-président du Conseil d'Etat, le premier président de la Cour de cassation et le premier président de la Cour des comptes.

Cette option a finalement été écartée. Le projet de loi ne traitant plus du rapprochement de la régulation de l'ARCEP et du CSA, il n'y avait plus lieu d'ajouter les deux membres supplémentaires initialement prévus (membre commun et membre HADOPI), mais un seul, ce qui aurait abouti à un collège composé d'un nombre pair de membres. Cette parité aurait alors impliqué l'adoption de dispositions transitoires d'une grande complexité et aurait par ailleurs donné un poids trop important aux membres désignés par le Président de la République.

3.2.5 Option retenue

Le projet de loi remplace la commission de protection des droits par deux nouveaux membres désignés respectivement par le vice-président du Conseil d'État et le premier président de la Cour de cassation. L'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique désigne, en dehors de leur présence, parmi ces deux membres celui qui exerce pendant la première moitié de son mandat cette mission. L'autre membre, qui le supplée dans l'exercice de cette mission, lui succède pour l'exercer pendant la deuxième partie de son mandat.

.

Au-delà des garanties qu'elle apporte dans l'exercice des missions actuellement dévolues à la CPD, la présence de deux magistrats au sein du collège de la future ARCOM apparaît justifiée par les nouvelles missions confiées à l'instance de régulation, en particulier en matière de lutte contre les fausses informations et les contenus haineux en ligne.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGÉES

La réforme du collège de l'ARCOM implique une modification de l'article 4 de la loi du 30 septembre 1986 pour modifier la composition de l'ARCOM (nominations de deux magistrats pour exercer les fonctions de la CPD).

A cette occasion, une modification de l'article 5 de la loi du 30 septembre 1986 est apportée pour supprimer un renvoi erroné.

5. CONSULTATIONS ET MODALITÉS D'APPLICATION

5.1 CONSULTATIONS MENÉES

Ces dispositions sont soumises, à titre obligatoire, à l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et, à titre facultatif, à celui de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse et de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

5.2 MODALITÉS D'APPLICATION

5.2.1 Application dans le temps

La réforme de la composition de l'ARCOM a vocation à produire ses effets le premier jour du deuxième mois suivant celui de la publication de la loi au *Journal officiel* de la République c'est-à-dire au jour de la fusion entre le CSA et la HADOPI.

Deux nouveaux membres seront alors nommés : un membre en activité du Conseil d'État et un membre en activité de la Cour de cassation, désignés respectivement par le vice-président du Conseil d'État et le premier président de la Cour de cassation.

Pour la mise en œuvre de cette réforme, l'article 20 du projet de loi prévoit que :

- les mandats des membres du CSA ne sont pas interrompus du fait de l'entrée en vigueur de la présente loi ;

- afin d'assurer un renouvellement biennal des membres de l'ARCOM par tiers (hors le président de l'Autorité) et par dérogation au principe d'un mandat de six ans, la durée du premier mandat des membres désignés respectivement par le vice-président du Conseil d'État et le premier président de la Cour de cassation sera de sept ans ;

Renouvellement biennal par tiers (hors président) avec allongement d'un an de la durée de 2 mandats à venir

		2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033	2034
PR	Président					M. R.O. Maistre						XXX						ZZZ			
Pdt AN	Membre 1							M. B. LOUTREL						XXX						ZZZ	
	Membre 2			M. J.F. Mary																	
	Membre 3					Mme M. Léridon						XXX						ZZZ			
Pdt Sénat	Membre 4							Mme J. THERY-SCHULTZ						XXX						ZZZ	
	Membre 5			Mme C. Bienaimé-Besse																	
	Membre 6					M. H. Godechot						XXX						ZZZ			
Magistrat CE	Membre 7								XXX							ZZZ					
Magistrat Cass	Membre 8								XXX							ZZZ					

- à titre dérogatoire, le collège de l'ARCOM sera composé de neuf membres jusqu'au terme des deux mandats des membres désignés par le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat en 2017, soit jusqu'au 25 janvier 2023 ;

- en conséquence, les règles de quorum sont adaptées pendant cet intervalle.

5.2.2 Application dans l'espace

La mesure envisagée s'applique en France hexagonale et en outre-mer.

5.2.3 Textes d'application

La mise en œuvre de cette disposition nécessite l'adoption d'un décret du Président de la République.

CHAPITRE II – DISPOSITIONS RELATIVES AUX POUVOIRS ET COMPÉTENCES DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE ET NUMÉRIQUE

Article 8 : Missions générales de l'ARCOM et procédure de conciliation

1. ÉTAT DES LIEUX

L'article 3-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication assigne au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), autorité publique indépendante, la mission de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle par tout procédé de communication électronique, dans les conditions définies par cette loi.

Ce même article lui assigne ensuite un certain nombre d'objectifs qui n'ont cessé de se multiplier au long des modifications successives de la loi du 30 septembre 1986. Modifié à onze reprises depuis son insertion par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, il traduit la demande du législateur d'une meilleure prise en compte par les médias audiovisuels des attentes de la collectivité en matière de lutte contre les violences faites aux femmes, de représentation de la diversité de la société française, de protection de l'environnement, d'honnêteté, indépendance et pluralisme de l'information et des programmes qui y concourent, etc.

Pour la mise en œuvre de ces objectifs, comme de ceux plus généralement énoncés dans la loi du 30 septembre 1986 précitée, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a la possibilité d'adresser aux éditeurs et distributeurs de services des recommandations qui sont publiées au *Journal officiel* de la République française.

Il s'est vu confier une mission de conciliation en cas de litige entre éditeurs de services et producteurs d'œuvres ou de programmes audiovisuels ou leurs mandataires, ou les organisations professionnelles qui les représentent.

Dans le cadre de la fusion entre le CSA et la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) au sein de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), cette dernière va reprendre la mission générale confiée par l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 précitée au CSA tendant à garantir l'exercice de « *la liberté de communication audiovisuelle par tout procédé de communication électronique* » mais aussi la mission particulière de conciliation.

2. NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1 NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER

La mission générale tendant à garantir l'exercice de « *la liberté de communication audiovisuelle par tout procédé de communication électronique* » est définie de manière trop restreinte par rapport à l'évolution des missions de l'autorité publique indépendante.

En effet, la loi n° 2018-1201 du 22 décembre 2018 relative à la manipulation de l'information a étendu pour la première fois la compétence du CSA à des services de communication au public en ligne non audiovisuels. Elle vise les opérateurs de plateforme en ligne dont l'activité dépasse un seuil de cinq millions de visiteurs uniques sur le territoire français, dans la mesure notamment où ils promeuvent des contenus se rattachant à un débat d'intérêt général, et où leurs services sont susceptibles d'être les vecteurs de la propagation de fausses informations.

Elle n'a cependant pas tiré les conséquences de cette extension dans la formulation générale des missions de l'instance de régulation et du périmètre de ses compétences figurant à l'article 3-1, qui continue à se référer à la seule garantie de l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle.

Les compétences du régulateur ont également été étendues par l'ordonnance n° 2020-1642 du 21 décembre 2020 portant transposition de la directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché, et modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, le code du cinéma et de l'image animée, ainsi que les délais relatifs à l'exploitation des œuvres cinématographiques. Cette transposition a en effet assigné à l'autorité de régulation la mission de protéger le public, en particulier mineur, des contenus susceptibles de lui nuire mis à sa disposition par les plateformes de partage de vidéos.

S'agissant de l'actuelle mission de conciliation du CSA, en ce qu'elle ne vise que certains opérateurs ou catégories d'opérateurs, elle est également trop restreinte au regard du champ des professionnels soumis à la régulation du CSA et de la future autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM).

Afin de tirer les conséquences de ses missions nouvelles issues à la fois du présent projet de loi (fusion avec la Hadopi, régulation des plateformes de partage de vidéos) et d'autres textes récents, le recours à la loi est donc nécessaire pour élargir la mission principale de la future ARCOM à l'ensemble de la communication au public par voie électronique et étendre en conséquence sa mission de conciliation à l'ensemble des professionnels en cause.

2.2 OBJECTIFS POURSUIVIS

Dans le contexte d'une mutation profonde du secteur de la communication audiovisuelle et numérique, l'objectif poursuivi par le présent article est double :

- il procède à une actualisation de la mission générale confiée à l'autorité publique indépendante, conformément aux missions nouvelles qui lui sont assignées ;

- il généralise à l'ensemble de ses interlocuteurs la possibilité de recourir à une procédure de conciliation auprès de cette autorité.

3. OPTIONS ENVISAGÉES ET DISPOSITIF RETENU

3.1 OPTIONS ENVISAGÉES

L'élargissement de la mission générale de l'ARCOM laissait peu de place à l'opportunité dans le choix des termes retenus. La notion de communication au public par voie électronique est en effet définie à l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication comme « *toute mise à disposition du public ou de catégories de public de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée.* » Elle englobe les services de communication au public en ligne, qui permettent un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur, et les services de communication audiovisuelle, qui ne le permettent pas nécessairement.

Elle permet ainsi de faire référence aux plateformes en ligne désormais dans le champ de la régulation de l'ARCOM. La précision « *dans les conditions définies par la présente loi* » permet d'exclure une mission plus généralement étendue au respect de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dans laquelle cette même définition se retrouve.

S'agissant de la procédure de conciliation, le choix aurait pu être effectué d'encadrer et de formaliser par des règles particulières la procédure actuelle de conciliation (modalités de saisine, auditions, pouvoir de contrainte, etc.), à l'instar d'autres procédures comparables de médiation ou de conciliation auprès d'autres autorités et surtout à l'instar de la mission que cette même autorité sera amenée à exercer, une fois fusionnée avec la HADOPI, pour l'application de l'actuel article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle.

Ce choix n'a pas cependant été retenu car il ne correspond pas aux attentes des professionnels du secteur audiovisuel qui préfèrent un cadre de médiation souple des litiges qui peuvent les opposer à une procédure de résolution des litiges précontentieuse. En outre, il permet de viser des acteurs qui n'entrent qu'indirectement dans le champ de la régulation de l'ARCOM comme les distributeurs de programmes audiovisuels ou les auteurs à l'encontre desquels l'ARCOM ne dispose pas de pouvoir de contrainte.

3.2 DISPOSITIF RETENU

La mission principale de la future ARCOM est en premier lieu élargie à l'ensemble de la communication au public par voie électronique.

S'agissant ensuite de la procédure de conciliation, le choix a donc été effectué de l'élargir à l'ensemble des professionnels entrant, directement ou indirectement, dans le champ de la régulation : éditeurs de services, distributeurs de services, opérateurs de réseau satellitaire, opérateurs de plateformes en ligne, prestataires techniques auxquels ces personnes recourent, personnes mentionnées à l'article 95 de la loi du 30 septembre 1986 précitée[55], auteurs, producteurs, distributeurs de programmes audiovisuels, ou les organisations professionnelles qui les représentent.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGÉES

4.1 IMPACTS JURIDIQUES

La présente disposition se traduit :

- à l'article 3-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, par une modification du premier alinéa afin que l'ARCOM garantisse l'exercice de la liberté de « *la communication au public par voie électronique* » ;

- par un élargissement de la mission de conciliation devant l'ARCOM aux éditeurs de services, distributeurs de services, opérateurs de réseau satellitaire, opérateurs de plateformes en ligne, prestataires techniques auxquels ces personnes recourent, personnes mentionnées à l'article 95 de la loi du 30 septembre 1986, auteurs, producteurs, distributeurs de programmes audiovisuels, ou les organisations professionnelles qui les représentent.

4.2 IMPACTS POUR LES ENTREPRISES

L'élargissement de la procédure de conciliation devant l'ARCOM permet de donner une place plus importante au recours au droit souple et aux procédures non contentieuses de résolution des litiges entre acteurs.

[55] Exploitants ou fournisseurs de systèmes d'accès sous condition, détenteur des droits de propriété intellectuelle sur ces systèmes.

4.3 IMPACTS SUR LES SERVICES ADMINISTRATIFS

L'impact de l'extension de la procédure de conciliation pour l'ARCOM devrait être faible, dans la mesure où cette procédure a été jusqu'à présent peu usitée par les professionnels auquel elle était ouverte.

Si son élargissement à d'autres acteurs peut susciter une activité supplémentaire pour l'autorité, la résolution des litiges entre professionnels peut en sens inverse permettre de diminuer la phrase pré-contentieuse et contentieuse de l'autorité administrative lorsque le litige met en cause le respect d'obligations auquel l'ARCOM doit veiller.

5. CONSULTATIONS ET MODALITÉS D'APPLICATION

5.1 CONSULTATIONS MENÉES

Ces dispositions sont soumises, à titre obligatoire, à l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et, à titre facultatif, à celui de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse.

5.2 MODALITÉS D'APPLICATION

5.2.1 Application dans le temps

Ces dispositions entrent en vigueur au lendemain de la publication de la loi au *Journal officiel*.

5.2.2 Application dans l'espace

La mesure envisagée s'applique en France hexagonale et en outre-mer.

5.2.3 Textes d'application

La mise en œuvre de cette disposition ne nécessite pas l'adoption de texte d'application.

Article 9 : Pouvoirs d'information et d'enquête de l'ARCOM

1. ÉTAT DES LIEUX

1.1. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) dispose aux termes de l'article 19 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication de pouvoirs d'investigation pour l'accomplissement des missions qui lui sont confiées.

Il peut en particulier recueillir :

- auprès des autorités administratives, toutes les informations nécessaires à l'élaboration de ses avis et décisions ;

- auprès des administrations et de certains professionnels du secteur de la communication audiovisuelle, toutes les informations nécessaires pour s'assurer du respect des obligations qui sont imposées à ces derniers ;

- auprès des opérateurs de réseaux satellitaires, toutes les informations nécessaires à l'identification des éditeurs des services de télévision transportés et de l'Etat membre compétent ;

- auprès de toute personne détenant une part égale ou supérieure à 10 % du capital ou des droits de vote aux assemblées générales d'une société éditant ou distribuant un service de télévision ou de radio dont les programmes contribuent à l'information politique et générale, toutes les informations sur les marchés publics et délégations de service public pour l'attribution desquels cette personne ou une société qu'elle contrôle ont présenté une offre au cours des vingt-quatre derniers mois.

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel et le Centre national du cinéma et de l'image animée se communiquent en tant que de besoin les informations qu'ils détiennent relatives notamment aux chiffres d'affaires et au nombre d'utilisateurs des éditeurs de services de communication audiovisuelle et des redevables des impositions mentionnées aux articles L. 115-6 à L. 115-13 du code du cinéma et de l'image animée et à l'article 1609 sexdecies B du code général des impôts.

Le CSA peut également faire procéder auprès des administrations ou des éditeurs et distributeurs de services à des enquêtes.

Le CSA peut exiger d'un service de radio qu'il lui fournisse ses états comptables afin de s'assurer du respect des critères propres à la catégorie pour laquelle l'autorisation d'émettre lui a été attribuée *(*CE, 9 février 2004, *Association Radio Calaisis – Radio TSF*, n° 250178).

1.2. Les pouvoirs d'information et d'enquête ont cependant montré des limites qu'il convient de dépasser.

L'instance de régulation indique avoir parfois éprouvé des difficultés à obtenir des informations compte tenu des convergences à l'œuvre dans le secteur de la communication audiovisuelle et numérique (par exemple entre activités payantes et gratuites ou entre télécommunications et audiovisuel) ou de la complexité des marchés de la télévision, des services de médias audiovisuels à la demande et de la radio.

De la même façon, elle a pu être confrontée au refus de certains opérateurs de lui communiquer des documents indispensables à l'appréciation de leur respect des textes en vigueur.

Par ailleurs, les missions du CSA et le champ des opérateurs régulés ont été considérablement élargis ces dernières années, sans pour autant que ses pouvoirs d'enquête aient évolué, ce qui entrave parfois son action. La loi en vigueur ne permet par ailleurs pas au régulateur de solliciter des informations auprès des diffuseurs de services de communication audiovisuelle.

2. NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1 NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER

Afin de remédier aux défaillances constatées par l'instance de régulation nationale, il est nécessaire de modifier la législation afin d'étendre ses missions. Il convient également d'en tirer les conséquences afin que l'ARCOM puisse les exercer au mieux, ce qui implique une modification de l'article 19 de la loi du 30 septembre 1986 précitée relatif à ses pouvoirs d'enquête et d'information.

2.2 OBJECTIFS POURSUIVIS

L'objectif poursuivi est de permettre à l'ARCOM de disposer de pouvoirs d'investigation adaptés pour l'accomplissement des missions.

La modification de l'article 19 de la loi n°86-1067du 30 septembre 1986 a donc un double objet :

- améliorer l'efficacité des pouvoirs d'information et d'enquête dont l'ARCOM est dotée ;
- adapter ces instruments à l'ensemble des opérateurs placés dans son champ de régulation.

3. OPTIONS POSSIBLES ET DISPOSITIF RETENU

3.1 OPTIONS ENVISAGÉES

La reconnaissance d'un pouvoir d'enquête pouvait donner lieu à plusieurs options. Plusieurs autorités administratives indépendantes sont en effet dotées de telles compétences, selon des degrés et modalités variables.

A titre d'exemple, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dispose, aux termes des articles L. 5-9 et L. 32-4 du code des postes et des communications électroniques, de pouvoirs d'enquête lui permettant d'« *accéder à tous locaux, terrains et véhicules à usage professionnel. Lorsque les locaux ou une partie de ceux-ci constituent un domicile, les visites sont autorisées dans les conditions définies à l'article L. 5-9-1* »[56]. De tels pouvoirs ne sont cependant pas apparus nécessaires pour l'accomplissement des missions de l'ARCOM. Au demeurant, dans ses rapports annuels antérieurs, l'autorité de régulation indépendante ne les réclamait pas[57].

3.2 DISPOSITIF RETENU

Il est envisagé de doter l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique d'outils d'investigation plus adaptés à ses nouvelles missions. Les modifications apportées à ses pouvoirs d'enquêtes sont les suivantes :

- le champ des personnes auxquelles l'autorité peut demander des informations est étendu aux sociétés assurant la diffusion de services de communication audiovisuelle ;

- ces informations peuvent être demandées pour s'assurer du respect des obligations qui sont imposées aux personnes en cause et plus largement pour l'élaboration de ses avis et décisions ;

- la reconnaissance d'un pouvoir d'enquêtes menées par des agents de l'autorité spécialement habilités à cet effet, sur le modèle du pouvoir dévolu à l'ARCEP par le Code des postes et communications électroniques.

L'ARCOM pourra ainsi procéder, auprès des éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle, des opérateurs de réseaux satellitaires, des sociétés assurant la diffusion de services de communication audiovisuelle ainsi que des plateformes de partage de vidéos, aux enquêtes nécessaires pour s'assurer du respect de leurs obligations, de manière

56 Septième alinéa de l'article L. 5-9 du code des postes et des communications électroniques (CPCE).

57 Rapport annuel du CSA au titre de l'année 2013 :
https://www.csa.fr/var/ezflow_site/storage/csa/rapport2013/donnees/rapport/propositions.htm#t6

proportionnée aux besoins liés à l'accomplissement de ses missions et sur la base d'une décision motivée de l'autorité.

Ces enquêtes seront menées par des agents de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique spécialement habilités à cet effet et assermentés dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État. Ils pourront obtenir la communication de tout document professionnel ou support d'information nécessaire à l'enquête, procéder à des auditions et recueillir auprès des mêmes personnes morales les renseignements et justifications nécessaires à l'enquête. Ils pourront recourir au pseudonyme pour les besoins de leurs enquêtes.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGÉES

4.1 IMPACTS JURIDIQUES

La disposition envisagée modifie l'article 19 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

4.2 IMPACTS POUR LES ENTREPRISES

La mesure envisagée ne devrait produire d'impact que pour les entreprises qui éprouvent des difficultés à transmettre à l'ARCOM les informations nécessaires au contrôle, par ce dernier, des obligations qui leur sont applicables. Cet impact devrait donc être faible.

4.3 IMPACTS SUR LES SERVICES ADMINISTRATIFS

L'impact devrait être positif pour l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique qui disposera d'outils d'investigation plus adaptés à ses nouvelles missions.

5. CONSULTATIONS ET MODALITÉS D'APPLICATION

5.1 CONSULTATIONS MENÉES

Ces dispositions sont soumises, à titre obligatoire, à l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et à titre facultatif, à celui de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse.

5.2 MODALITÉS D'APPLICATION

5.2.1 Application dans le temps

Ces dispositions entrent en vigueur au lendemain de la publication de la loi au *Journal officiel*.

5.2.2 Application dans l'espace

La mesure envisagée s'applique en France hexagonale et en outre-mer.

5.2.3 Textes d'application

Un décret en Conseil d'Etat devra fixer les conditions d'assermentation des agents de l'ARCOM spécialement habilités par cette dernière pour mener les enquêtes.

Article 11 : Échanges d'information entre l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique et l'Autorité de la concurrence

1. ÉTAT DES LIEUX

1.1 L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante, spécialisée dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, l'expertise du fonctionnement des marchés et le contrôle des opérations de concentration. Au service du consommateur, elle a pour objectif de veiller au libre jeu de la concurrence et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international. Créée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, l'Autorité de la concurrence a succédé au Conseil de la concurrence, qui avait été institué par l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Elle intervient soit après avoir été saisie par un plaignant, soit après s'être autosaisie. Les décisions qu'elle rend en matière de pratiques anticoncurrentielles sont soumises au contrôle de la cour d'appel de Paris. Ses décisions en matière de concentrations relèvent du contrôle du Conseil d'Etat.

L'Autorité de la concurrence est compétente pour appliquer les législations nationale (livre IV du code de commerce) et communautaire (articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - TFUE, ex articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne).

L'Autorité de la concurrence peut prononcer des injonctions, infliger des sanctions pécuniaires, accepter des engagements et accorder le bénéfice de la clémence à certaines entreprises qui coopèrent en aidant à détecter ou à constater l'existence d'ententes. Elle réprime les ententes, les abus de position dominante et les prix abusivement bas. Par ailleurs, elle peut être amenée à rendre, même de sa propre initiative, des avis sur diverses questions de concurrence. Sa composition, son organisation et les modalités de sa saisine garantissent son efficacité et son indépendance.

1.2 ETAT DU DROIT

L'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication organise les relations entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel et l'Autorité de la concurrence.

Il prévoit la consultation pour avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel par l'Autorité de la concurrence lorsqu'une opération de concentration concernant, directement ou indirectement,

un éditeur ou un distributeur de services de radio et de télévision fait l'objet d'un examen approfondi ainsi que sur les pratiques anticoncurrentielles dont elle est saisie dans les secteurs de la radio, de la télévision et des services de médias audiovisuels à la demande.

Il prévoit également que le Conseil supérieur de l'audiovisuel saisit l'Autorité de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles dont il a connaissance dans les secteurs de la radio, de la télévision et des services de médias audiovisuels à la demande.

Il permet enfin au Conseil supérieur de l'audiovisuel de saisir pour avis l'Autorité de la concurrence des questions de concurrence et de concentration dont il a la connaissance dans le secteur de la radio, de la télévision et des services de médias audiovisuels à la demande.

L'article 41-4 de la loi 30 septembre 1986 précitée ne permet pas, lors de ces consultations pour avis, la transmission des éléments qui seraient couverts par le secret des affaires.

Le secret des affaires est protégé par le titre V du code de commerce. Aux termes de l'article L. 151-1 de ce code :

« *Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :*

1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;

2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;

3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. »

Aux termes de l'article L.151-7 du code de commerce, « *Le secret des affaires n'est pas opposable lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives.* »

2. NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1 NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER

Une mesure est nécessaire afin d'autoriser la transmission d'éléments couverts par le secret des affaires entre l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique et l'Autorité de la concurrence pour l'exercice des missions qui leur sont confiées en matière de concurrence et de concentration. Il convient à cet effet de modifier l'article 41-4 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Il s’agit de remédier à la situation qui conduit, dans le cadre de certaines saisines pour avis, à ce que l’Autorité de la concurrence ne puisse adresser au Conseil supérieur de l'audiovisuel (qui sera remplacée par l’Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique) l’ensemble des documents y afférent ou à tout le moins soit tenue de les expurger des éléments qui relèvent du secret des affaires. Il en est de même actuellement des saisines de l'Autorité de la concurrence par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

2.2 Objectifs poursuivis

La mesure envisagée a pour objet de permettre la transmission d’informations entre les deux autorités dans le cadre de la mise en œuvre de l’article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986.

Il s’agit également de resserrer la collaboration entre ces deux autorités de régulation. Cette collaboration doit être renforcée dans le cadre de l’instruction de dossiers complexes par chacune des autorités notamment à travers la communication dans leur intégralité des dossiers permettant ainsi l’établissement d’un avis parfaitement éclairé.

3. OPTIONS POSSIBLES ET DISPOSITIF RETENU

3.1 Options envisagées

Une première option aurait pu consister à envisager une levée du secret des affaires au cas par cas, par des décisions des présidents des deux autorités respectives. Mais une telle hypothèse est apparue peu pertinente car elle présente des contraintes pratiques non négligeables pour les autorités alors même que l’article L.151-7 du code de commerce précité ouvre en la matière des possibilités plus générales.

3.2 Dispositif retenu

La seconde option, qui a été retenue, consiste à préciser que, sans que le secret des affaires puisse y faire obstacle, les informations dont disposent l’Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique et l’Autorité de la concurrence sont librement communicables entre ces deux autorités pour la mise en œuvre des relations organisées par l’article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986.

Cette modification est en outre sans incidence sur la publication des avis en cause.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGÉES

4.1 IMPACTS JURIDIQUES

L'article 41-4 de la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication est modifié.

4.2 IMPACTS SUR LES SERVICES ADMINISTRATIFS

La transmission des informations dont disposent l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique et l'Autorité de la concurrence entre elles sans que le secret des affaires puisse y faire obstacle, devrait leur permettre d'exercer leurs missions de façon plus efficace et faciliter leurs relations. Elle ne devrait en outre pas générer de charge supplémentaire significative pour les agents concernés, qui seront au contraire en mesure de répondre à certaines demandes de manière plus efficace grâce à l'accès à des informations importantes pour les traiter.

5. CONSULTATIONS ET MODALITÉS D'APPLICATION

5.1 CONSULTATIONS MENÉES

Ces dispositions sont soumises, à titre obligatoire, à l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et à titre facultatif, à celui de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse.

5.2 MODALITÉS D'APPLICATION

5.2.1 Application dans le temps

Ces dispositions entrent en vigueur au lendemain de la publication de la loi au *Journal officiel*.

5.2.2 Application dans l'espace

Les mesures envisagées s'appliquent en France hexagonale et en outre-mer.

5.2.3 Textes d'application

La mise en œuvre de cette disposition ne nécessite pas l'adoption de texte d'application.

Articles 12 à 16 : Sanctions administratives de l'ARCOM

1. ÉTAT DES LIEUX

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) dispose d'un pouvoir de sanctions administratives à l'égard des éditeurs de services de communication audiovisuelle (radios, télévisions, services de médias audiovisuels à la demande, publics et privés), des distributeurs de services de communication audiovisuelle ainsi que des opérateurs de réseaux satellitaires.

Si la personne ayant fait l'objet d'une mise en demeure ne s'y conforme pas, le Conseil peut prononcer à son encontre une sanction, compte tenu de la gravité du manquement, à la condition que ce dernier repose sur des faits ou une période distincts de ceux ayant fait l'objet d'une mise en demeure.

Les fonctions de poursuite et d'instruction d'une part, et celle de prononcé de la sanction d'autre part sont séparées, les premières étant confiées à un rapporteur, distinct du collège, l'autre au Conseil.

La gamme des sanctions susceptibles d'être infligées est la suivante :

- l'insertion d'un communiqué ;
- la suspension de l'édition, de la diffusion, de la distribution du service, d'une catégorie de programme, d'une partie du programme ou d'une ou plusieurs séquences publicitaires pour un mois ou plus ;
- la réduction de la durée de l'autorisation ou de la convention dans la limite d'une année ;
- une sanction pécuniaire ;
- le retrait de l'autorisation ou la résiliation unilatérale de la convention.

1.1 MISE EN DEMEURE PRÉALABLE ET SANCTION POUR DES FAITS DISTINCTS OU COUVRANT UNE PÉRIODE DISTINCTE

Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel ne peut s'exercer qu'après mise en demeure de la personne mise en cause et pour des faits distincts ou couvrant une période distincte d'une éventuelle précédente mise en demeure.

Le premier alinéa de l'article 42-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication dispose ainsi que : *« Si la personne faisant l'objet de la mise en*

demeure ne se conforme pas à celle-ci, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut prononcer à son encontre, compte tenu de la gravité du manquement, et à la condition que celui-ci repose sur des faits distincts ou couvre une période distincte de ceux ayant déjà fait l'objet d'une mise en demeure, une des sanctions suivantes : (…) ».

1.2 QUANTUM DE LA SANCTION PÉCUNIAIRE

Le premier alinéa de l'article 42-2 de la loi du 30 septembre 1986 fixe le montant maximum de la sanction pécuniaire que peut prononcer le Conseil supérieur de l'audiovisuel en application de l'article 42-1 de la même loi :

« *Le montant de la sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement, sans pouvoir excéder 3 % du chiffre d'affaires hors taxes, réalisé au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de douze mois. Ce maximum est porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation.* ».

1.3 PUBLICATION DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Le 6° de l'article 42-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication prévoit que la décision prise par le Conseil supérieur de l'audiovisuel au terme de la procédure de sanction prévue par cet article est motivée et notifiée aux personnes qu'elle vise et, sous réserve des secrets protégés par la loi, publiée au *Journal officiel*.

Cet article prévoit donc une publication systématique au *Journal officiel* et n'organise aucune autre modalité de publication, par exemple sur le site internet de l'autorité de régulation.

La publication d'une décision de sanction d'une autorité de régulation, quel qu'en soit le support (*Journal officiel* ou site Internet), est regardée par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel comme une sanction complémentaire. Elle est dès lors soumise au respect des principes issus du droit pénal. A ce titre, la décision de rendre publique la sanction principale, tout comme la durée et le support de publication retenus, doivent respecter le principe de nécessité, de proportionnalité et de légalité des délits et des peines.

Le Conseil d'Etat a jugé, dans plusieurs affaires relatives à des autorités administratives indépendantes que la publication d'une sanction revêtait le caractère d'une sanction complémentaire, soumise de ce fait au contrôle du juge.

Dans une décision du 17 novembre 2006 relative à une sanction prise par la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP, désormais Autorité de contrôle prudentiel et de résolution –ACPR), le Conseil d'Etat a jugé que : « *la publication aux frais de la personne poursuivie d'une sanction infligée par la CCAMIP est, en*

elle-même, constitutive d'une sanction »[58]. Le Conseil d'Etat a également qualifié de « *sanction complémentaire* » la publication des décisions de sanction prises par l'Autorité des marchés financiers (AMF)[59], la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)[60], l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL)[61] et l'Autorité de régulation ces communications électroniques et des postes (ARCEP)[62].

Dans toutes ces espèces, la publication d'une sanction était prévue par les textes sans y être qualifiée expressément de « sanction complémentaire ». C'est bien le Conseil d'Etat qui qualifie matériellement la décision de publication de « sanction ».

Le juge distingue bien par ailleurs la décision de publication de la sanction principale ; par suite, la personne sanctionnée peut engager un recours à l'encontre de la seule sanction complémentaire de publication[63].

Le Conseil constitutionnel a également été amené à juger que la publication d'une sanction administrative présentait le caractère d'une sanction.

Dans une décision QPC du 28 juin 2013[64], le Conseil constitutionnel a jugé, au sujet des dispositions de l'article L. 3452-4 du code des transports[65], que la publication des décisions de sanction prévues par cet article « *dans les locaux de l'entreprise sanctionnée et par voie de presse* » présentait le caractère d'une sanction. Dès lors, le Conseil constitutionnel contrôle le respect par ces dispositions des principes de nécessité et d'individualisation des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC)[66].

A cette occasion, il a jugé « *que le principe d'individualisation des peines qui découle de cet article* [8 de la DDHC] *implique que la mesure de publication de la sanction administrative ne puisse être appliquée que si l'administration, sous le contrôle du juge, l'a expressément prononcée, <u>en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce</u> ; qu'il ne saurait*

---

[58] CE, Sect., 17 novembre 2006, *Société CNP Assurances*, n° 276929 (Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance – CCAMIP – désormais Autorité de contrôle prudentiel).

[59] CE, 9 novembre 2007, *Société Bourse Direct SA*, n° 298911, CE, 3 février 2017, n° 387581.

[60] CE, 28 septembre 2016, *Théâtre national de Bretagne*, n° 389448 ;

[61] CE, 24 septembre 2018, *M. B*, n° 416526.

[62] CE, 15 avril 2016, Société Guadeloupe Téléphonie mobile, n° 338344.

[63] CE, 9 novembre 2007, *Société Bourse Direct SA*, n° 298911.

[64] Cons. const., décision n° 2013-329 QPC du 28 juin 2013.

[65] L'article L. 3452-4 du code des transports dispose que : « *Une publication de la sanction administrative prévue par les articles L. 3452-1 et L. 3452-2 est effectuée dans les locaux de l'entreprise sanctionnée et par voie de presse.* »

[66] Il s'agit de la première décision du Conseil constitutionnel relative à la publication des décisions de sanction d'une autorité administrative. La portée de la solution n'est pourtant pas nouvelle : le Conseil constitutionnel avait adopté une approche similaire dans des décisions relatives à la publication d'un jugement. Voir le commentaire de cette décision :

https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013329qpc/ccc_329qpc.pdf

toutefois interdire au législateur de fixer les règles assurant une répression effective des infractions ».

En l'espèce, l'article L. 3452-4 du code des transports prévoyait une « *peine obligatoire de publication et d'affichage des sanctions* ». Le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions conformes aux principes d'individualisation et de nécessité des peines, au motif qu'elles ne faisaient pas obstacle « *à ce que la durée de la publication et de l'affichage ainsi que les autres modalités de cette publicité soient fixées en fonction des circonstances propres à chaque espèce* ». C'est donc au prix de cette réserve d'interprétation que les dispositions législatives en cause ont été regardées comme conformes à la Constitution.

1.4 CADUCITÉ QUINQUENNALE DES MISES EN DEMEURE

A l'exception du retrait d'autorisation à raison d'une modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation a été délivrée, toute sanction infligée par le CSA doit nécessairement être précédée d'une mise en demeure.

Dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989[67], le Conseil constitutionnel a en effet considéré qu' « *il résulte du rapprochement de l'article 42 et de l'article 42-1* […] *que les pouvoirs de sanction dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel ne sont susceptibles de s'exercer, réserve faite du cas régi par les article 42-3 et 42-9, qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation* […] *de respecter les obligations qui leur sont imposées* […], *et faute pour les intéressés de respecter lesdites obligations ou de se conformer aux mises en demeure qui leur ont été adressées* ».

Ce principe de mise en demeure préalable au prononcé d'une sanction administrative figure à l'article 42 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication respectivement pour les éditeurs, distributeurs de services et opérateurs de réseaux satellitaires ainsi qu'à l'article 48-1 de la même loi pour les sociétés nationales de programme (France Télévisions, Radio France et la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France).

Ni les textes, ni la jurisprudence ne fixent une borne temporelle à la validité des mises en demeure prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Le Conseil d'Etat a en effet toujours refusé de dégager une règle de péremption des mises en demeure adressées par le CSA et juge qu'il ne résulte ni des articles 42 et 42-1 de la loi du 30 septembre 1986 précitée ni d'aucun autre texte ou principe général qu'elles auraient une validité limitée dans le temps.

---

[67] Rec. CC, p. 18 ; Grande décision n° 42, p. 713. « CSA » ; Grands arrêts du droit de l'audiovisuel, 1991, n° 51, p. 331 ; RFDA 1989, p. 215 B. Genevois : « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel »

Même longtemps après avoir été adoptée, une mise en demeure peut donc servir de fondement à une sanction[68]. En outre et surtout, elle peut servir de fondement à plusieurs sanctions successives dès lors que les manquements reprochés à l'opérateur sont juridiquement de même nature[69] et sous réserve d'une phase contradictoire – organisée par l'article 42-7 – préalable au prononcé de chaque sanction.

Cette circonstance, conjuguée avec les dispositions du second alinéa de l'article 2 du décret n° 2013-1196 du 19 décembre 2013 relatif à la procédure de sanction mise en œuvre par le Conseil supérieur de l'audiovisuel[70] conduit, d'une part, le directeur général du CSA à systématiquement saisir le rapporteur indépendant et, d'autre part, le Conseil à délibérer des sanctions alors même que le dernier manquement de l'opérateur concerné peut remonter à une date très éloignée.

On signalera que les effets des mises en demeure prises par d'autres autorités de régulation sectorielles sont limités à la procédure de sanction qu'elles ouvrent. En effet, lorsque le législateur les a dotées d'un pouvoir de sanction, il a souvent prévu que les sanctions prononcées devaient résulter d'une nouvelle violation des obligations qu'une mise en demeure préalable demandait de respecter. Toutefois, les mises en demeures émises par ces autorités diffèrent à deux égards de celles prises par le CSA. D'une part, elles comportent un délai dans lequel la personne concernée doit se mettre en conformité avec les exigences formulées[71]. D'autre part, elles reposent sur les mêmes faits que l'éventuelle sanction à venir.

Il apparaît ainsi nécessaire de fixer un délai de caducité des mises en demeure afin notamment de prendre en compte les éventuelles périodes pendant lesquelles un opérateur n'aura pas commis de manquement.

Le législateur dispose bien de la faculté de fixer un délai de caducité sous réserve de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles. En effet, en application de la loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017[72], prise sur le fondement du dernier alinéa de l'article

---

[68] V. par exemple : Conseil d'Etat, 22 octobre 2010, *Société Vortex*, n°s 324614 et 329280 : délai de 4 ans entre la mise en demeure et la sanction ; Conseil d'Etat, 17 décembre 2018, *association Comité de défense des auditeurs de radio solidarité*, n° 416311 : délai de 5 ans entre la mise en demeure la plus ancienne et la sanction ; Conseil d'Etat, 18 juin 2018, *Société C8*, n° 414532 : délai de 7 ans et 4 mois entre la mise en demeure et la sanction.

[69] Conseil d'Etat, 22 octobre 2010, *Société Vortex*, n°s 324614 et 329280 et Conseil d'Etat, 17 décembre 2018, *association Comité de défense des auditeurs de radio solidarité*, n° 416311.

[70] « Dès qu'il en a connaissance, le directeur général transmet au rapporteur toute réclamation ou toute information relative à des faits susceptibles de justifier l'engagement d'une procédure de sanction », – c'est-à-dire tout fait juridiquement de même nature que celui qui a déjà fait l'objet d'une mise en demeure.

[71] Certes, les mises en demeure du CSA comportent également un délai de mise en conformité (par exemple la mise en demeure adressée à une radio de fournir son bilan sous 15 jours). Mais le non-respect de ce délai n'a pas la même conséquence dès lors qu'il ne peut donner lieu à une procédure de sanction au regard du principe d'impartialité explicité à l'article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986. Seule la réitération du manquement visé par la mise en demeure pourra justifier l'ouverture d'une procédure de sanction.

[72] Son article 1er réserve à la loi le pouvoir de créer des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes et étend son domaine à la fixation des règles relatives à leur composition et à leurs attributions ainsi qu'à celle des principes fondamentaux relatifs à leur organisation et à leur fonctionnement.

34 de la Constitution, le législateur est compétent pour fixer les modalités d'exercice par le CSA de son pouvoir de sanction[73].

En vertu d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, s'il est loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci, l'exercice de ce pouvoir ne saurait priver de garanties légales les exigences de caractère constitutionnel[74].

1.5 RAPPORTEUR INDÉPENDANT

La loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public a institué une nouvelle organisation de la procédure de sanction du CSA, en confiant à un rapporteur indépendant du collège de l'autorité le soin de décider de l'engagement des poursuites et d'instruire les dossiers. Ce rapporteur est nommé par le vice-président du Conseil d'État, après avis du Conseil, parmi les membres des juridictions administratives en activité pour une durée de quatre ans renouvelable une fois.

Le 1° de l'article 42-7 de la loi de 1986 dispose ainsi que « *l'engagement des poursuites et l'instruction préalable au prononcé des sanctions prévues par les dispositions précitées sont assurés par un rapporteur nommé par le vice-président du Conseil d'Etat, après avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, parmi les membres des juridictions administratives en activité, pour une durée de quatre ans, renouvelable une fois* ».

Il apparaît que la charge du rapporteur indépendant, qui est d'ores et déjà élevée, est susceptible d'évoluer encore au vu, d'une part, des nouvelles compétences de sanction que le projet de loi confortant le respect des principes de la République propose de confier au CSA et, d'autre part, de l'extension significative des missions qui seront confiées à l'ARCOM par le présent projet de loi.

2. NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1 NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER

Il convient de légiférer pour modifier les dispositions de la loi du 30 septembre 1986 relatives à la mise en demeure préalable, au quantum de la sanction pécuniaire, aux modalités de

[73] Avant même l'entrée en vigueur de la loi organique du 20 janvier 2017, le Conseil constitutionnel avait jugé à plusieurs reprises que le législateur était compétent pour octroyer un pouvoir de sanction aux AAI et assortir ce pouvoir de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis (CC, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, loi relative à la transparence et à la sécurité du marché financier et CC décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication).

[74] CC, décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication et CC, décision n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018, Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

publication des sanctions administratives. Il convient également de fixer un délai de caducité des mises en demeure et de prévoir la possibilité pour le rapporteur indépendant d'être assisté par un ou plusieurs adjoints.

2.2 OBJECTIFS POURSUIVIS

2.2.1 Effectivité de la sanction

La modification envisagée vise à rendre plus effective la sanction en cas de manquement des éditeurs à leurs obligations de contribution au développement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles.

Essentiel à la diversité culturelle et au développement de la filière de la création et de la production audiovisuelle et cinématographique, ce volet de la régulation des médias audiovisuels a été récemment renforcé par l'ordonnance n° 2020-1642 du 21 décembre 2020, transposant la directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 dite « services de médias audiovisuels » (SMA).

Toutefois, le pouvoir de sanction dont dispose le Conseil montre, notamment depuis les modifications apportées à l'article 42-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 par la loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013, certaines limites en présence de manquements à de telles obligations, de nature financière, appréciées annuellement.

En effet, l'exigence d'une mise en demeure préalable, ne permettant de sanctionner que *« des faits distincts ou (…) une période distincte de ceux ayant déjà fait l'objet d'une mise en demeure »*, conduit, en pratique, à ce qu'une contribution insuffisante à la production ne puisse faire l'objet d'une sanction qu'à l'issue de deux exercices complets dès lors, d'une part, que la sanction ne peut porter sur le même exercice que celui ayant fait l'objet de la mise en demeure et, d'autre part, que les éditeurs ne déclarent au Conseil le montant de leur contribution au titre de l'année n qu'au cours de l'année n+1. Compte-tenu des délais dont disposent les éditeurs pour effectuer cette déclaration (parfois jusqu'au 31 mai de l'année n+1) et des éventuel retards dans l'accomplissement de cette formalité, le Conseil n'est en mesure de prononcer une mise en demeure qu'au cours du second semestre de l'année n+1.

Or, il convient à cet égard d'indiquer qu'une mise en demeure doit rappeler aux éditeurs les obligations auxquelles ils sont soumis tout en leur laissant le temps de s'y conformer (Conseil d'Etat, 10 juillet 1995, *Société* TF1, n° 141726), de sorte qu'une mise en demeure prononcée trop tardivement au cours de l'exercice n+1 (pour des manquements sur l'exercice n) ne pourra finalement servir de fondement à une sanction qu'en cas de manquement de l'éditeur au cours de l'exercice n+2, c'est-à-dire lors de l'année n+3.

2.2.2 Quantum de la sanction pécuniaire

S'agissant des obligations en matière de contribution à la production audiovisuelle ou cinématographique, le plafonnement de la sanction en proportion du chiffre d'affaires de l'éditeur peut conduire à ce que le montant de la sanction maximale infligée soit inférieur ou à peine supérieur au bénéfice que l'éditeur est susceptible de retirer du non-respect de son obligation en matière de contribution à la production audiovisuelle ou cinématographique.

Il apparait dès lors nécessaire de définir, à l'égard de ces obligations, le montant de la sanction applicable en proportion du montant de l'obligation financière incombant à l'éditeur, en sorte que la sanction soit proportionnée et puisse avoir un réel effet dissuasif à l'encontre de manquements à ce type d'obligations.

2.2.3 Publication des sanctions administratives

La modification envisagée, qui s'inspire des textes régissant les autres autorités de régulation sectorielles (Agence française de lutte contre le dopage et Autorité de régulation des communications électroniques et des postes), a pour objectif, d'une part, de sécuriser la publication par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique de ses sanctions et, d'autre part, de lui donner une marge de manœuvre pour décider de les publier ou non, au *Journal officiel* de la République française ou sur un service de communication au public par voie électronique édité par ses soins, en déterminant dans sa décision les modalités de cette publication.

2.2.4 Prescription quinquennale des mises en demeure

La mesure envisagée a pour objectif de fixer un délai de caducité des mises en demeure afin notamment de prendre en compte les éventuelles périodes pendant lesquelles un opérateur n'aura pas commis de manquement.

2.2.5 Rapporteur indépendant

La rédaction actuelle de l'article 42-7 ne permet pas expressément la nomination de rapporteurs adjoints. A aucun moment le législateur ne semble laisser ouverte une telle possibilité, car est toujours évoqué « *le rapporteur* », et non « *le ou les rapporteurs* ».

De plus, l'existence d'un seul et unique rapporteur peut se déduire de l'absence de règles permettant la coordination du travail de plusieurs rapporteurs. En l'absence de texte organisant les relations entre les rapporteurs, ceux-ci se trouveraient sur un pied d'égalité parfait, ce qui pourrait conduire à une paralysie, en cas de dissension. A titre d'exemple, le 2e de l'article 42-7 de la loi dispose que le rapporteur « *peut se saisir de tout fait susceptible de justifier l'engagement d'une procédure de sanction* ».

On remarque au contraire que le législateur et le pouvoir réglementaire prennent le soin de préciser le fonctionnement des services de poursuite et d'instruction lorsqu'ils existent. Si l'on prend l'exemple de l'Autorité de la concurrence, elle comprend des services d'instruction

dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté ministériel après avis de l'Autorité. Ce dernier est nommé pour une durée de 4 ans renouvelable une fois parmi « *les membres du conseil d'Etat, les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A et les personnes pouvant justifier d'une expérience d'au moins cinq ans dans le domaine du droit de la concurrence et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A* ». Ce rapporteur général nomme les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents et non permanents et les enquêteurs des services d'instruction. Il est chargé de l'ordonnancement des dépenses des services d'instruction. En l'absence de dispositions similaires pour le rapporteur près le CSA, alors même que le législateur a entendu s'inspirer de la procédure de sanction de l'Autorité de la concurrence, la solution consistant à nommer un second rapporteur, en l'état actuel des textes, paraît donc fragile.

3. OPTIONS POSSIBLES ET DISPOSITIF RETENU

3.1 OPTIONS ENVISAGÉES

3.1.1 Effectivité de la sanction pour manquement à la contribution à la production

Une option simple aurait consisté, dans le cas particulier de manquements aux obligations de contribution à la production audiovisuelle ou cinématographique, de supprimer l'exigence d'une mise en demeure préalable afin qu'une contribution insuffisante puisse faire l'objet d'une sanction dès le premier exercice pour lequel un manquement est identifié.

L'exigence d'une mise en demeure préalable est toutefois justifiée par la nécessité de porter à la connaissance des opérateurs l'obligation méconnue (Cons. cons., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC). Elle n'est donc pas compatible avec la jurisprudence constitutionnelle en matière de liberté de communication et ne pouvait pas être retenue.

3.1.2 Publication des sanctions administratives

Une option aurait pu consister à renoncer à toute publication de la sanction prononcée. Une autre option aurait pu être de limiter la faculté de publication de la sanction prononcée au seul *Journal officiel*. De telles options auraient pour inconvénient de réduire considérablement la portée de cette sanction. La « sanction réputationnelle » revêt une importance essentielle pour tenter de faire revenir la personne concernée dans la légalité.

3.1.3 Prescription quinquennale des mises en demeure

Une première option aurait consisté à s'inspirer de la procédure mise en place par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dans laquelle la mise en demeure préalable constitue l'ouverture de la procédure de sanction.

Toutefois, la procédure de sanction actuelle du Conseil supérieur de l'audiovisuel, telle qu'elle ressort de l'article 42-7 de la loi du 30 septembre 1986, a fait l'objet d'une refonte récente – prévue par la loi du 15 novembre 2013 – afin de l'adapter aux exigences du principe d'impartialité tel qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel.

Enfin et surtout, le Conseil d'Etat affirme de manière constante qu'une mise en demeure du Conseil supérieur de l'audiovisuel, prise en application de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 – et de l'article 48-1 -, n'est pas une sanction mais une « *mesure préalable à une éventuelle sanction* »[75] et s'appuie notamment pour ce faire sur la décision n° 88-248 DC du Conseil Constitutionnel en date du 17 janvier 1989. En effet saisi d'une QPC portant sur la conformité des dispositions de l'article 42 au regard du principe d'impartialité garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Conseil constitutionnel a confirmé cette position, en estimant que la mise en demeure du CSA « *ne peut être regardée (…) comme l'ouverture de la procédure de sanction prévue à l'article 42-1 mais comme son préalable* » et que dès lors, cette mise en demeure « *ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition (…)* »[76]. Cette option n'a donc pas été retenue et il a été jugé préférable de fixer un délai de caducité aux mises en demeure.

3.1.4 Rapporteur indépendant

Une première option aurait pu consister à nommer plusieurs rapporteurs. Toutefois, si plusieurs rapporteurs étaient nommés, ils pourraient se saisir des mêmes faits et aboutir à des conclusions différentes. La décision d'un rapporteur de refuser d'engager des poursuites pourrait ainsi être remise en cause par un autre rapporteur.

L'option retenue par le projet de loi consiste donc à prévoir que le rapporteur puisse demander à être assisté par un ou plusieurs adjoints nommés dans les mêmes conditions.

3.2 DISPOSITIF RETENU

3.2.1 Effectivité de la sanction pour manquement à la contribution à la production

Spécifiquement pour les manquements à l'obligation de contribution à la production, le projet de loi déroge au principe selon lequel la sanction doit reposer sur des faits distincts ou sur une période distincte de ceux ayant fait l'objet de la mise en demeure.

Afin de respecter le principe d'impartialité, la mise en demeure est alors décidée par une formation restreinte, composée des trois membres de l'Autorité, à l'exception de son président

[75] CE, Sect., 23 avril 1997, Société France 2, n° 162797.

[76] Décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, Sociétés Sud Radio Services et Sud Radio Plus, cons.6.

et la sanction est prononcée par une formation composée des quatre autres membres de l'Autorité.

- .

3.2.2 Quantum de la sanction pécuniaire

S'agissant des obligations en matière de contribution à la production audiovisuelle ou cinématographique, il apparait nécessaire de fixer le montant de la sanction applicable en proportion du montant de l'obligation incombant à l'éditeur afin d'en garantir l'effet dissuasif et proportionné.

Il est ainsi proposé d'étendre aux éditeurs relevant de la compétence de la France les nouvelles dispositions du V de l'article 43-7 de la loi du 30 septembre 1986 introduites par l'ordonnance n° 2020-1642 du 21 décembre 2020 portant transposition de la directive « SMA » applicables aux éditeurs de services de télévision et de médias audiovisuels à la demande établis hors de France et qui visent le territoire français en prévoyant, qu'en cas de manquement aux obligations de contribution à la production, le montant maximal de la sanction ne peut excéder deux fois le montant de l'obligation qui doit être annuellement consacrée à la production et trois fois en cas de récidive.

3.2.3 Publication des sanctions administratives

L'option retenue, consistant à permettre à l'ARCOM de rendre publique selon différents supports la sanction qu'elle a prononcée, apparait la plus satisfaisante, en droit comme en opportunité. En effet, elle permet à la fois de sécuriser la publication au *Journal officiel* de la République française des décisions de sanction actuellement prévue par l'article 42-7 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et de donner une base légale à leur publication sur le site Internet de l'ARCOM, tout en permettant à l'autorité de régulation de choisir le support et les modalités de publication les plus adaptés en fonction de la gravité du manquement.

3.2.4 Prescription quinquennale des mises en demeure

L'option retenue consiste à fixer un délai de caducité aux mises en demeure.

Il convient toutefois que celui-ci ne soit pas trop court, sous peine de priver de garanties légales les principes constitutionnels dont le CSA contrôle le respect par les services de communication audiovisuelle et sanctionne la méconnaissance, tels que notamment la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels et la sauvegarde de l'ordre public et de la dignité de la personne humaine.

En effet, la contrainte résultant de l'impossibilité de prononcer une sanction administrative à raison de la première infraction commise ne doit pas être renforcée par une péremption trop

rapide de la mise en demeure, qui aurait pour effet de priver d'efficacité le mécanisme répressif mis en œuvre par le Conseil.

C'est pourquoi ce délai de caducité peut raisonnablement être fixé à 5 ans.

Cette modification se traduit par l'ajout à l'article 42-7 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication de la précision selon laquelle le rapporteur ne peut engager une procédure de sanction sur le fondement d'une mise en demeure adoptée depuis plus de cinq ans.

Dès l'entrée en vigueur de la présente loi, les mises en demeure prononcées par le CSA plus de cinq ans auparavant ne pourront servir de fondement à l'engagement d'une procédure de sanction même si les faits sont juridiquement de même nature.

Par application du principe constitutionnel de la loi pénale plus douce, il reviendra au rapporteur indépendant de mettre fin aux procédures de sanction en cours lorsqu'elles sont fondées sur une mise en demeure antérieure à cinq ans.

3.2.5 Rapporteur indépendant

L'option retenue consiste à permettre au vice-président du Conseil d'Etat de nommer, après avis de l'ARCOM, et à la demande du rapporteur, un ou plusieurs adjoints.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGÉES

4.1 IMPACTS JURIDIQUES

Les dispositions envisagées modifient les article 42-1, 42-2, 42-7, 43-7 et 48-2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Elles suppriment également le douzième alinéa de l'article 42-7 de la loi du 30 septembre 1987 selon lequel la décision de sanction « *est également publiée au* Journal officiel ».

4.2 IMPACTS POUR LES ENTREPRISES

L'introduction d'une prescription quinquennale des mises en demeure traduit pour les entreprises en cause un assouplissement de la politique de sanction à leur endroit : un même manquement, s'il survient plus de cinq ans après le prononcé par l'ARCOM d'une mise demeure, devra faire l'objet d'une nouvelle mise en demeure par l'instance de régulation avant que celle-ci puisse envisager de la sanctionner.

4.3 IMPACTS SUR LES SERVICES ADMINISTRATIFS

L'ARCOM devra dorénavant s'interroger au cas par cas sur la nécessité de rendre publique sa décision de sanction au regard des circonstances de l'espèce, en prenant en compte notamment la gravité du manquement commis, la sanction prononcée et l'éventuel caractère réitéré du manquement.

Si l'Autorité décide de publier sa décision de sanction, elle devra fixer le support de la publication : au *Journal officiel* et/ou sur son site Internet. S'il n'y a aucun obstacle à ce qu'une décision de sanction soit publiée sur un support et non sur un autre, la publication sur le site Internet pourrait être réservée aux sanctions les plus graves (retrait de l'autorisation par exemple) dès lors qu'elle est susceptible de se traduire par une plus grande visibilité que la publication au *Journal officiel* (qui ne s'accompagne d'aucune indexation).

Si l'ARCOM décide de publier sa décision de sanction sur son site Internet, elle devra fixer la durée de la publication – la question ne se posant pas s'agissant de la publication des décisions de sanction au *Journal officiel*, compte tenu de la nature de ce support qui ne permet pas une publication limitée dans le temps. En droit, le Conseil d'Etat considère que la publication d'une sanction en ligne « *sans borne temporelle* » est disproportionnée[77]. Le délai pourrait aller jusqu'à deux ans au regard de la jurisprudence et de la pratique de la CNIL.

A l'avenir, si l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique décide de rendre publique sur son site une sanction infligée à un opérateur, il conviendra qu'elle en fasse état dans les motifs et le dispositif de sa décision.

5. CONSULTATIONS ET MODALITÉS D'APPLICATION

5.1 CONSULTATIONS MENÉES

Ces dispositions sont soumises, à titre obligatoire, à l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel et à titre facultatif, à celui de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse.

5.2 MODALITÉS D'APPLICATION

5.2.1 Application dans le temps

Ces dispositions entrent en vigueur au lendemain de la publication de la loi au *Journal officiel*.

[77] CE, 28 septembre 2016, *Théâtre national de Bretagne*, n° 389448 (s'agissant de la CNIL) ; CE, 19 mai 2017, *M. B et Société Global Patrimoine Investissement*, n° 401804 (s'agissant de l'AMF).

5.2.2 Application dans l'espace

La mesure envisagée s'applique en France hexagonale et en outre-mer.

5.2.3 Textes d'application

La mise en œuvre de cette disposition ne nécessite pas de texte d'application.

CHAPITRE III – DISPOSITIONS RELATIVES À LA PROTECTION DE L'ACCÈS DU PUBLIC AUX ŒUVRES CINÉMATOGRAPHIQUES ET AUDIOVISUELLES

Article 17 : Protection de l'accès du public aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles

1. ÉTAT DES LIEUX

1.1 CADRE GÉNÉRAL

Les sociétés de production cinématographique et audiovisuelle constituent, au fil de leurs productions, des catalogues d'œuvres dont les droits leur appartiennent. La société peut ensuite commercialiser ces droits, en vue de la diffusion de ces œuvres. Une œuvre se présente sous deux formes. D'une part, il s'agit des éléments techniques qui la composent : pellicule ou support numérique. D'autre part, il s'agit de l'ensemble des droits associés au film.

En vue de la valorisation des œuvres, les détenteurs mettent en place des stratégies de restauration, y compris de haut niveau technologique pour les films jugés les plus marquants, et de diffusion, notamment en ligne ou sur les chaînes de la télévision numérique terrestre, parfois pour des films moins connus.

Les grandes sociétés de production française disposent ainsi toutes d'un important catalogue, composé de parfois plusieurs milliers d'œuvres. Toutefois, les dispositifs existants ne permettent pas de garantir l'accès du public à ces œuvres majeures du patrimoine culturel français, très souvent réalisées à l'aide de financements publics.

1.2 ÉTAT DU DROIT EN VIGUEUR

Afin de concilier les deux objectifs fondamentaux de la politique de soutien au cinéma et à l'audiovisuel que sont la nécessité de développer la présence des œuvres audiovisuelles en ligne en réponse aux attentes du public et la nécessité de préserver les conditions de préfinancement de ces mêmes œuvres, l'article L.132-27 du code de la propriété intellectuelle impose au producteur une exigence légale d'exploitation suivie des œuvres conforme aux usages de la profession.

Le champ et les conditions de mise en œuvre de cette obligation d'exploitation sont précisés par l'accord du 3 octobre 2016 sur l'obligation de recherche d'exploitation suivie relative aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles, étendu par arrêté du 7 octobre 2016.

L'article I de l'accord du 3 octobre 2016 prévoit que les obligations prévues par l'accord s'appliquent aux œuvres françaises cinématographiques et aux œuvres françaises audiovisuelles patrimoniales pour lesquelles un contrat de production audiovisuelle est régi par le droit français. La notion d'œuvre française s'entend de l'œuvre dont le producteur délégué est de nationalité française et dont la majorité des financements provient de personnes physiques ou morales de nationalité française.

1.3 ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

Aucun autre régime juridique en Europe ne permet de garantir l'accès du public aux œuvres françaises.

2. NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER ET OBJECTIFS POURSUIVIS

2.1 NÉCESSITÉ DE LÉGIFÉRER

Le risque de priver le public de l'accès à des œuvres qui constituent le patrimoine culturel français est réel. En effet, il est envisageable que, dans un avenir proche, des sociétés de production historiques soient mises en vente avec leur catalogue. Plus largement, de nombreuses petites et moyennes entreprises disposent d'un fonds de catalogue, dont les œuvres constituent l'essentiel de leur valeur tant sur le plan économique que culturel et artistique.

Les opérations de cession de ces œuvres peuvent présentent des risques, à la fois pour le matériel et pour les droits d'exploitation. D'une part, le matériel peut être déplacé des laboratoires ou des espaces de stockage, pour être entreposé à l'étranger dans des conditions qui ne peuvent pas être contrôlées en amont. D'autre part, au sein des catalogues d'œuvres, les titres phares peuvent faire l'objet d'un retrait agressif de toute forme d'exploitation afin de voir leur valeur artificiellement croître et de motiver une revente ultérieure. Les œuvres plus fragiles, dont la valeur économique n'est, à première vue, pas suffisante pour susciter l'intérêt d'investisseurs, pourraient, quant à elles, lors du rachat d'un catalogue, voir leur exploitation remise en cause. Le public perdrait alors l'accès à un certain nombre de films et d'œuvres audiovisuelles, dont les droits seraient gelés, alors que leur diffusion est un important objectif de la politique culturelle française et européenne.

A cet égard, les dispositifs existants ne permettent pas d'assurer une protection pleine et entière des œuvres cinématographiques et audiovisuelles françaises sous leurs deux aspects, à la fois corporels (supports de l'œuvre) et incorporels (exploitation des droits) en cas de rachat par des personnes qui ne sont pas dans le champ de l'obligation d'exploitation suivie.

Les dispositifs de protection des trésors nationaux et des autres biens culturels sont trop restrictifs. D'une part, leur définition ne permet pas d'appréhender la variété des œuvres composant le patrimoine cinématographique et audiovisuelle. D'autre part, la protection offerte par le régime des biens culturels – sauf en ce qui concerne les archives privées classées – est limitée à des restrictions de sortie du territoire. En tout état de cause, la protection qui en résulte ne pourrait porter que sur les éléments matériels des œuvres et non sur leurs éléments incorporels, c'est-à-dire leurs droits d'exploitation. Les restrictions à la sortie du territoire des éléments corporels d'un film pourraient lui permettre de continuer à bénéficier de conditions de conservation et de restauration de qualité mais ne sauraient suffire à garantir, aussi bien dans l'intérêt du public que dans celui des auteurs de ces œuvres, leur exploitation suivie en principe exigée par l'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle.

Ensuite, s'agissant du dispositif de contrôle des investissements étrangers, celui-ci, outre qu'il vise spécifiquement les investissements extra-européens, ne peut être étendu aux catalogues d'œuvres. Les articles 64 et 65 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne n'autorisent de nouvelles exceptions à l'interdiction des restrictions de mouvements de capitaux à l'égard des pays tiers que dans des cas limités, notamment en matière fiscale, de contrôle prudentiel ou de mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique. Un règlement récent, le règlement (UE) n° 2019-452 du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne, complète ce dispositif mais restreint également le filtrage aux motifs de sécurité et d'ordre publics.

Dans ces conditions, il est nécessaire d'instituer un dispositif spécifique permettant de protéger les œuvres cinématographiques et audiovisuelles, notamment pour garantir que la cession d'une œuvre aujourd'hui protégée par l'obligation de recherche d'exploitation suivie prévue à l'article L.132-27 du code de la propriété intellectuelle à un cessionnaire n'étant, en l'état du droit, pas soumis à cette obligation, n'entrainera pas une sortie de l'œuvre du dispositif de protection.

2.2 Objectifs poursuivis

En cas de cession des droits de propriété incorporelle d'une œuvre et des droits de propriété sur les éléments techniques nécessaires à sa fixation, le dispositif envisagé vise à garantir en amont que l'accès du public à l'œuvre sera préservé. Il vise ainsi à prévenir les atteintes susceptibles d'être portées à l'accessibilité d'une œuvre en :

- prévoyant un mécanisme de déclaration préalable au ministre de la culture de toute cession d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle assujettie à l'obligation d'exploitation suivie à un cessionnaire non-soumis à cette obligation ;

- soumettant l'opération de cession à la commission de protection de l'accès aux œuvres lorsque le cessionnaire n'apporte pas les éléments permettant de s'assurer qu'il est en mesure de rechercher l'exploitation suivie de l'œuvre cédée dans des conditions équivalentes à celles résultant de l'accord étendu du 3 octobre 2016 ;

- prévoyant que la commission de protection de l'accès aux œuvres peut imposer au cessionnaire des obligations de recherche d'exploitation suivie ;

- garantissant l'efficacité de la mesure de déclaration préalable par un dispositif de sanctions administratives ;

3. OPTIONS POSSIBLES ET DISPOSITIF RETENU

3.1 OPTIONS ENVISAGÉES

L'option exclue est de prévoir un dispositif général de préemption à la charge de l'Etat. Le Centre national du cinéma et de l'image animée dispose, dans le cadre de ses missions, de certains moyens d'intervention. Le 5° de l'article L. 111-2 du code du cinéma et de l'image animée lui confie en effet la mission de collecter, conserver, restaurer et valoriser le patrimoine cinématographique. A ce titre, il exerce les missions relatives au dépôt légal. Il reçoit en dépôt les documents cinématographiques et les biens culturels se rapportant à la cinématographie et procède, en propre ou pour le compte de l'Etat, à des acquisitions destinées à enrichir les collections dont il a la garde.

Dans ce cadre, lorsque le matériel est stocké au Centre national du cinéma et de l'image animée, celui-ci a la possibilité de réaliser une sauvegarde de sécurité avant le transfert définitif d'une œuvre vers l'étranger.

Toutefois, les moyens d'action du Centre national du cinéma et de l'image animée demeurent limités. Doter l'établissement de prérogatives de nature à lui permettre de procéder à l'acquisition de catalogues très importants soit en volume soit en valeur serait disproportionné sur le plan budgétaire et technique, en raison des moyens requis pour une telle entreprise.

Par ailleurs, comme cela a été précisé, le régime prévu pour les biens culturels n'est pas adapté à leurs spécificités et les catalogues d'œuvres n'intègrent pas les régimes relatifs au contrôle des investissements étrangers.

Enfin, un dispositif de contrôle des investissements extra-européens n'est juridiquement pas envisageable car interdit par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et le droit interne.

3.2 DISPOSITIF RETENU

Seule l'extension du dispositif d'obligation suivie aux cessionnaires des œuvres qui n'y sont pas soumis permet d'atteindre l'objectif recherché.

Le dispositif retenu subordonne donc à une déclaration préalable au ministre chargé de la culture toute cession, par un producteur soumis à l'obligation de recherche d'exploitation suivie

prévue à l'article L. 132-27 du code de la propriété intellectuelle, d'une ou plusieurs œuvres cinématographiques ou audiovisuelles entrant dans le champ d'application de l'accord prévu par cet article à une personne n'étant pas soumise aux dispositions du même article.

La déclaration préalable est adressée par le producteur au moins six mois avant le terme prévu pour la réalisation de la cession envisagée.

La déclaration est accompagnée de tout élément permettant au ministre de s'assurer que le cessionnaire est en mesure, au regard des moyens humains, techniques, matériels et financiers dont il dispose, de rechercher l'exploitation suivie de l'œuvre dans des conditions équivalentes à celles applicables au cédant. A compter de la déclaration préalable, le ministre dispose d'un délai de trois mois au maximum pour soumettre l'opération à la commission de protection de l'accès aux œuvres, dont la composition et le fonctionnement sont fixés par décret en Conseil d'Etat, s'il estime que le cessionnaire n'apporte pas les garanties suffisantes pour satisfaire à l'objectif de recherche d'exploitation suivie.

La commission de protection de l'accès aux œuvres se prononce dans les trois mois à compter de sa saisine, au terme d'une procédure contradictoire.

La décision de la commission peut imposer au cessionnaire des obligations de recherche d'exploitation suivie au regard des moyens humains, techniques, matériels et financiers dont il dispose, dans des conditions équivalentes à celles résultant de l'application de l'accord du 3 octobre 2016.

L'opération de cession envisagée est suspendue jusqu'à l'issue de la procédure.

Le ministre chargé de la culture peut infliger une sanction pécuniaire à l'encontre du cédant en cas de manquement à l'obligation de déclaration préalable.

En cas de manquement du cessionnaire aux obligations qui lui sont imposées par la commission de protection de l'accès aux œuvres, les ayants droit disposent des mêmes voies de recours et, le cas échéant, des mêmes procédures de règlement amiable des différends, dont ils peuvent se prévaloir en cas de non-respect de l'accord du 3 octobre 2016.

4. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGÉES

4.1 IMPACTS JURIDIQUES

Un nouveau titre VI dédié au régime de protection de l'accès du public aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles, comprenant les articles L. 261-1 à L. 261-5 est inséré après le titre V du livre II du code du cinéma et de l'image animée.

4.2 IMPACTS ÉCONOMIQUES ET FINANCIERS

En permettant au ministre de la culture d'avoir connaissance des opérations de cession des œuvres soumises à l'obligation d'exploitation suivie à des personnes qui ne sont pas dans le champ de cette obligation, la mesure permettra que les opérations de cession des œuvres puissent être économiquement favorables au public et n'entraînent ni l'oubli de certaines œuvres fragiles, ni la survalorisation artificielle, par l'organisation de la rareté, des œuvres les plus marquantes.

Les obligations qui en résultent devraient ainsi contribuer à la plus large diffusion des œuvres sur les différents supports d'exploitation : ressortie en salles, diffusion sur les chaînes de télévision ou sur les services de médias audiovisuels à la demande, édition ou réédition en vidéo physique. Si ces exploitations permettront au public français de continuer à profiter de leur patrimoine culturel, elles seront également sources de revenus complémentaires pour les auteurs et les artistes ou leurs ayants cause.

4.3 IMPACTS SUR LES SERVICES ADMINISTRATIFS

Le nombre de demandes ne devrait pas être important et leur examen sera confié au Centre national du cinéma et de l'image animée, qui dispose d'une connaissance des œuvres et d'une expertise particulière sur les questions de conservation et d'exploitation suivie des œuvres.

4.4 IMPACTS SUR LES PARTICULIERS

Cette mesure devrait permettre de garantir au public l'accès aux œuvres audiovisuelles et cinématographiques qui constituent notre patrimoine culturel.

5. MODALITÉS D'APPLICATION

5.1 APPLICATION DANS LE TEMPS

Ces dispositions entrent en vigueur au lendemain de la publication de la loi au Journal officiel.

5.2 APPLICATION DANS L'ESPACE

La mesure envisagée s'applique en France métropolitaine et en outre-mer.

5.3 TEXTES D'APPLICATION

Un décret simple fixera les conditions d'application du dispositif. Un décret en Conseil d'Etat déterminera la composition et le fonctionnement de la commission de protection de l'accès aux œuvres.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS DIVERSES, TRANSITOIRES ET FINALES

SECTION 1 – DISPOSITIONS DIVERSES

Article 18 : Nouvelle dénomination de l'ARCOM

1. ETAT DES LIEUX

Le projet de loi procède à une évolution importante des missions du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) détaillée dans les titres I et II. Le législateur a par ailleurs décidé, par souci de rationalisation et de cohérence, de fusionner le CSA et la HADOPI.

Le maintien de la dénomination actuelle « CSA » aurait pu être envisagé compte tenu de la notoriété de l'instance. Mais ce choix n'a pas été retenu car il n'aurait pas traduit l'évolution significative des compétences du nouveau régulateur.

2. OBJECTIFS POURSUIVIS ET DISPOSITIF RETENU

La nouvelle dénomination « Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique » (ARCOM) permet, d'une part, de traduire l'évolution des compétences et missions assignées à l'autorité de régulation, que cette évolution résulte du présent projet de loi, de l'ordonnance n° 2020-1642 du 21 décembre 2020 (extension de la régulation aux plateformes de partage de vidéos, par transposition de la directive (UE) 2018/1808 du Parlement européen et du conseil modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels - directive « Services de médias audiovisuels ») ou d'autres textes législatifs récemment votés (loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information en particulier).

Le changement de dénomination proposé vise, d'autre part, à tirer les conséquences de la rénovation du cadre de régulation applicable au numérique opérée par le présent projet de loi, en particulier à travers la fusion du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) au sein d'un organe unique.

Enfin, ce changement de dénomination a pour objet de marquer l'intrication croissante de la communication audiovisuelle (qui regroupe, selon les termes de l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986, la télévision, la radio et les médias audiovisuels à la demande) et de la communication numérique, en particulier sur les plateformes en ligne qui revendiquent de plus en plus leur statut de « médias ».

3. ANALYSE DES IMPACTS DES DISPOSITIONS ENVISAGÉES

3.1 IMPACTS JURIDIQUES

Le changement de dénomination du Conseil supérieur de l'audiovisuel en Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) implique de modifier les références à cette dénomination à titre principal dans la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dans les textes pris pour son application, dans d'autres lois ordinaires ainsi que dans la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution pour la nomination du président de cette autorité.

Spécifiquement pour la loi du 30 septembre 1986, le projet de loi procède aux nombreuses modifications sémantiques rendues nécessaires par la nouvelle dénomination. Ainsi, les mots « conseil » sont remplacés par « autorité » afin de faire désormais référence à l'ARCOM.

3.2 IMPACTS SUR LES SERVICES ADMINISTRATIFS

Le changement de dénomination implique quant à lui certaines opérations :

- Le dépôt du nom et des noms connexes ; le dépôt et, le cas échéant, le rachat de noms de domaines ;

- La création de l'identité visuelle (logo, charte graphique, etc.) et la déclinaison de cette identité sur l'ensemble des supports (papeterie, signalétique, outils de communication, site internet, outils informatiques, intranet, messagerie, etc.).

L'évaluation budgétaire de cette réforme sera prochainement menée par la nouvelle autorité.

4. CONSULTATIONS ET MODALITÉS D'APPLICATION

4.1 CONSULTATIONS MENÉES

Ces dispositions ont été soumises à l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel à titre obligatoire d'une part, de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des

postes et de la distribution de la presse et de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet à titre facultatif d'autre part.

4.2 MODALITÉS D'APPLICATION

4.2.1 Application dans le temps

Ces dispositions entrent en vigueur au lendemain de la publication de la loi au *Journal officiel*.

4.2.2 Application dans l'espace

La mesure envisagée s'applique en France hexagonale et en outre-mer.

4.2.3 Textes d'application

La mise en œuvre de cette disposition ne nécessite pas l'adoption de texte d'application.

SECTION 3 – DISPOSITIONS FINALES

Article 21 : Application outre-mer

Le projet de loi s'applique de plein droit dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution qui sont régies par le principe de l'identité législative, ainsi que dans les collectivités de l'article 74 de la Constitution (Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon) qui sont également soumises au principe de l'identité législative.

Le projet de loi s'applique sur mention expresse à Wallis-et-Futuna en vertu de la compétence de droit commun dévolue à l'Etat par la combinaison des dispositions de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer et du décret n°57-811 du 22 juillet 1957 relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des Iles Wallis et Futuna.

Le projet de loi s'applique en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française au moyen de la mise à jour du compteur installé à l'article 108 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Inapplication des dispositions intéressant le code de la propriété intellectuelle et le code de commerce en raison de la compétente de ces deux collectivités dans ces deux matières en vertu respectivement du transfert de compétences du droit commercial prévu par la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie dont l'effectivité a été réalisée au 1er juillet 2013, et des articles 13 et 14 de la loi organique n°2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

Enfin, les articles 19 et 20 du projet de loi sont étendus à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française en raison de la compétence du CSA et de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique sur l'ensemble du territoire de la République.