

Avis n° 2019-1525
de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes
et de la distribution de la presse
en date du 22 octobre 2019
sur le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté
culturelle à l'ère numérique et le projet de loi organique modifiant la loi organique
n° 2010-837

L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, (ci-après « l'Autorité » ou « l'Arcep »)

Vu le règlement (UE) 2018/644 du Parlement européen et du Conseil, du 18 avril 2018 relatif aux services de livraison transfrontière de colis ;

Vu le règlement (UE) 2018/1971 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2018 établissant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) et l'Agence de soutien à l'ORECE (Office de l'ORECE), modifiant le règlement (UE) 2015/2120 et abrogeant le règlement (CE) n° 1211/2009 ;

Vu la directive 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen ;

Vu la loi organique n° 2010-837 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution ;

Vu le code des postes et des communications électroniques, notamment ses articles L. 36-5, L. 36-8 et L. 130 ;

Vu la loi n° 86-1067 modifiée du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ;

Vu la loi n° 2019-1063 du 18 octobre 2019 relative à la modernisation de la distribution de la presse ;

Après en avoir délibéré le 22 octobre 2019,

L'article L. 36-5 du code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE ») prévoit que l'Arcep est consultée sur les projets de loi, de décret ou de règlement relatifs au secteur des communications électroniques, et participe à leur mise en œuvre.

Par un courrier en date du 30 septembre 2019, le ministre de la culture a sollicité l'avis de l'Autorité sur un projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique et sur un projet de loi organique modifiant 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 projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique (ci-après le « projet de loi ») comporte des mesures destinées à soutenir le développement et la diversité de la création et de la communication audiovisuelle, à adapter la régulation de la communication audiovisuelle et à permettre la transformation de l'audiovisuel public à l'ère du numérique.

Le projet de loi organique modifiant la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution tire les conséquences de la nouvelle dénomination du Conseil supérieur de l'audiovisuel (ci-après « CSA ») en Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ci-après « Arcom ») s'agissant de la nomination du président de cette autorité et soumet la nomination du président directeur général de la société France Médias par le Président de la République, à la procédure prévue à l'article 13 de la Constitution.

Au vu des missions qui lui sont dévolues par le législateur, l'Arcep n'a pas d'observations particulières sur le projet de loi organique. L'Arcep se concentrera, dans le présent avis sur les dispositions du projet de loi qui traitent de la transposition du code des communications électroniques européen¹ (1) la coordination de la régulation entre l'Arcep et l'Arcom, autorité qui regrouperait le CSA et la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (ci-après HADOPI) (2), du blocage par les fournisseurs d'accès à internet de l'accès au contenu illicite (3), de l'arrivée de la « ultra haute définition » (4) ainsi que des opérateurs de plateforme (5).

1 La transposition du code des communications électroniques européen

Le projet de texte (article 70) prévoit que le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, les dispositions de nature législative nécessaires à la transposition de la directive du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen qui vient réformer le cadre de la régulation des communications électroniques.

L'Arcep se réjouit de l'avancée des travaux sur la transposition du code européen qui comporte des sujets aux enjeux majeurs pour notre société tels que l'évolution du service universel et la couverture numérique du territoire.

2 La coordination de la régulation entre l'Arcep et l'Arcom

Le projet de loi (articles 37 à 42) prévoit des dispositions spécifiques aux collèges des deux autorités, en particulier à travers le mécanisme de membres croisés (2.1), et d'une instance commune de règlement des différends (2.2) visant notamment à permettre une meilleure coordination des modes de régulation de l'Arcep et de l'Arcom.

A titre liminaire, il convient de souligner que **les sujets communs² entre l'Arcep et le CSA sont peu nombreux** et traitent principalement des relations entre les éditeurs (chaînes de télévision) et les fournisseurs d'accès à internet ainsi que de la régulation du marché des services de radiodiffusion, c'est-à-dire de la régulation économique des acteurs tels que TDF. En outre, il n'existe actuellement pas de sujet commun à l'Arcep et la Hadopi.

¹ Directive 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen

² Voir notamment les articles L. 36-6, L. 36-8 et L. 37-1 du CPCE ainsi que les articles 17-1 et 23 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication

Par ailleurs, le projet de loi ne prévoit pas de nouvelle compétence commune entre l'Arcom – qui regrouperait le CSA et la Hadopi – et l'Arcep. Il n'attribue pas non plus de nouvelles compétences à l'Arcep en matière de régulation du numérique.

Au surplus, on peut noter, concernant la plateforme de télévision numérique terrestre (ci-après « TNT »), que celle-ci reste une compétence propre de l'Arcom et que les dispositions relatives à la TNT ne s'insèrent pas dans le cadre d'une réflexion globale sur l'articulation de la diffusion hertzienne avec le déploiement des réseaux de communications électroniques très haut débit.

2.1 Sur la nomination de membres croisés entre les collèges de l'Arcep et de l'Arcom

Comme évoqué ci-dessus, les problématiques communes aux deux autorités apparaissent peu nombreuses, en particulier au vu de l'étendue des sujets traités par les collèges respectifs de ces dernières.

Par suite, s'il est légitime de rechercher des voies pour améliorer la coopération entre les deux autorités, l'instauration de membres croisés entre le collège de l'Arcep et celui de l'Arcom n'apparaît pas proportionnée en l'état des compétences actuelles ou envisagées par le projet de loi.

C'est pourquoi l'Arcep suggère, pour renforcer la coordination et le dialogue entre les deux autorités, d'instaurer un mécanisme plus souple par lequel le président de chacune d'entre elles pourrait, sur des sujets d'adhérence, demander au président de l'autre autorité de recevoir ou de désigner, en son sein, un membre chargé d'assister, sans voix délibérative, aux séances de l'autorité qui le demande ; à cette fin, les deux autorités s'informeront de la programmation de l'examen des dossiers sur de tels sujets.

L'Arcep souligne que la question d'un renforcement de la coordination et du dialogue ne se pose pas seulement entre l'Arcep et le CSA, mais également avec l'Autorité de la concurrence ou encore la Commission nationale informatique et libertés. L'approche proposée par l'Arcep d'invitations croisées présente l'avantage de pouvoir être, contrairement au mécanisme de membres communs, facilement étendue à d'autres autorités administratives ou publiques indépendantes, intervenant sur des problématiques communes.

2.2 Sur l'instance de règlement des différends commune à l'Arcep et l'Arcom

Le projet de loi prévoit également la création d'une instance de règlement des différends commune entre l'Arcom et l'Arcep (articles 39 et 40).

Au regard des faibles zones d'adhérence entre les sujets traités par chacune des deux autorités, ce dispositif apparaît également disproportionné.

Les sujets susceptibles de conduire à une saisine de l'instance commune, à la discrétion de l'une ou l'autre autorité³, devraient, au vu des différends traités ces dernières années par le CSA et l'Arcep, être assez rares.

³ Tous les différends, relevant de la compétence du CSA, mentionnés à l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication et ceux, relevant de la compétence de l'Arcep, concernant spécifiquement les conditions techniques et tarifaires d'acheminement du trafic, y compris de gestion entre un opérateur et une entreprise fournissant des services de communication au public en ligne. Les différends relevant, à ce jour, de la compétence de la Hadopi ne sont pas visés par le projet de texte sur les saisines de l'instance commune à la discrétion de l'Arcom ou de l'Arcep.

Ainsi, un nombre très limité de règlements de différends est intervenu ces dernières années sur des sujets d'intérêt commun entre ces deux autorités⁴ et il ne semble pas exister de raison à ce qu'ils s'accroissent significativement à l'avenir. Par ailleurs, le cas de différends portant sur les conditions techniques et tarifaires d'acheminement du trafic, pour lequel l'Arcep pourrait solliciter l'instance de règlement des différends commune, est prévu dans la loi depuis 2011 et n'a encore jamais fait l'objet d'une saisine en règlement de différend.

Quant au choix de confier, de droit, à l'instance commune, d'une part, les règlements de différend relatifs à la distribution de la presse et, d'autre part, des règlements de différend relevant à ce jour de la compétence de la Hadopi, il apparaît inadapté. En effet, s'agissant des règlements de différend relatifs à la distribution de la presse, d'une part, le CSA et la Hadopi ne sont pas concernés par des sujets touchant à la presse écrite et, d'autre part, la loi de modernisation de la distribution de la presse, adoptée par le Parlement⁵, confie à l'Arcep certes la régulation de la distribution de la presse ainsi qu'un pouvoir de règlement de différend en la matière, mais en exclut les aspects de régulation des plateformes numériques. Les règlements de différend relevant à ce jour de la compétence de la Hadopi⁶, quant à eux, portent sur les conditions de mise en œuvre des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets. En l'état, ils n'apparaissent donc pas présenter d'adhérence avec les sujets de l'Arcep.

En outre, **l'un des objectifs de la loi de modernisation de la distribution de la presse était renforcer le rôle du régulateur du secteur de la distribution de la presse.** Cette mission a été confiée à l'Arcep, autorité indépendante, en la dotant de moyens lui permettant de jouer pleinement son rôle, par la voie de pouvoirs et d'instruments éprouvés au nombre desquels figure le règlement des différends. En confiant les règlements de différend relatifs à la distribution de la presse à une autre instance, le projet de loi risque d'affaiblir la capacité de l'Arcep à réguler ce secteur complexe, qui connaît des crises répétées.

La loi **de modernisation de la distribution de la presse** a également poursuivi l'objectif de simplifier le paysage de cette régulation, en regroupant au sein de l'Arcep des compétences jusqu'alors divisées entre le Conseil supérieur des messageries de presse (CSMP) et l'Autorité de régulation de la distribution de la presse (ARDP). Scinder à nouveau cette régulation, en confiant les règlements de différends relatifs à la distribution de la presse à une instance autre qu'au collège de l'Arcep, serait contraire à cet esprit de simplification.

Au-delà des questions d'organisation d'ordre matériel et humain qu'un tel dispositif soulève, il impliquerait de définir et de mettre en place de nouvelles procédures, afin d'assurer notamment le respect du contradictoire entre les parties au différend devant cette instance commune, ce qui pourrait augmenter les complexités juridiques, alors qu'il apparaît que, jusqu'à présent, les sujets de règlement de différend nécessitant l'expertise des deux autorités sont peu nombreux.

La complexité ainsi ajoutée par la création d'une nouvelle procédure impliquant deux autorités peut accroître les risques contentieux. Or il convient de sécuriser au maximum les procédures, y compris de règlement de différend, dont les enjeux sont souvent structurants pour le marché.

⁴ Ces cinq dernières années, le CSA a saisi une fois l'Arcep pour avis sur un règlement de différend opposant les sociétés SFR et NC Numéricable à la société TF1 Distribution, portant sur les conditions de distribution des chaînes gratuites de la TNT du groupe TF1 et des services associés, dont les faits « étaient susceptibles de restreindre l'offre de services de communications électroniques » (article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986). Ce règlement de différend a finalement fait l'objet d'un désistement (voir décision n° 2017-876 du 22 novembre 2017 du CSA). Sur cette même période, l'Arcep n'a pas eu à saisir le CSA de règlements de différend dont les faits auraient été « susceptibles de restreindre de façon notable l'offre de services de communication audiovisuelle » (article L. 36-8 du CPCE).

⁵ Publiée au Journal Officiel de la République française le 19 octobre 2019

⁶ Ceux mentionnés aux articles L. 331-32 et L. 331-33 du code de la propriété intellectuelle

Par ailleurs, ce mécanisme de règlement des différends apparaît, en l'état, incomplet :

- le texte ne définit pas la personne ayant qualité pour agir en justice pour défendre les décisions prises par l'instance commune en cas de recours des parties. Si les articles L. 134 du CPCE et 20 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication prévoient, respectivement pour l'Arcep et le CSA, que les présidents de ces autorités ont qualité, pour l'accomplissement des missions qui leur sont respectivement confiées, pour agir en justice, rien n'est indiqué concernant l'instance commune, en particulier concernant les règlements de différend dont elle serait saisie de droit.
- il ne définit pas non plus l'autorité compétente s'agissant de la mise en œuvre effective d'une décision de règlement de différend prise par l'instance commune en cas de non-respect de celle-ci par les acteurs.

L'Arcep relève enfin que le projet de texte ne règle pas en soi certaines problématiques soulevées par des différends rencontrés entre les éditeurs de services TNT et les opérateurs de communications électroniques. L'exemple des contentieux récents sur la reprise des chaînes par les fournisseurs d'accès internet montre en effet une situation où des éditeurs de la TNT pourraient ne pas être diffusés sur les box des opérateurs télécoms alors même que ce mode de réception est désormais utilisé par plus de la moitié de la population. A ce jour, il n'existe pas d'obligation pour les éditeurs de services TNT de proposer aux plateformes de distribution la reprise de leurs services de télévision linéaire. A l'exception des chaînes de service public, il n'existe pas non plus d'obligation pleine et entière de transport et de commercialisation des programmes⁷ à la charge des opérateurs de communications électroniques, en particulier pour les chaînes gratuites. Confier ces différends à une instance commune ne permettra pas, à droit constant, de régler la question de fond, sur laquelle l'Arcep a émis des recommandations dans son avis sur l'audiovisuel remis à l'Autorité de la concurrence⁸.

*

Pour l'ensemble de ces raisons, **l'Autorité estime que l'instance commune de règlement des différends ne constitue ni une solution proportionnée ni une solution adaptée, et propose en lieu et place de prévoir une saisine obligatoire entre les deux autorités dès lors qu'elles sont saisies sur les sujets d'intérêt commun que sont les relations entre les éditeurs et les fournisseurs d'accès à internet et la régulation du marché des services de radiodiffusion.**

3 Le blocage par les fournisseurs d'accès à internet de l'accès au contenu illicite

Le projet de texte (article 29) permet à l'Arcom, dans certaines conditions⁹, de demander aux fournisseurs d'accès à internet ainsi qu'à tout fournisseur de noms de domaine de bloquer l'accès à tout site, à tout serveur ou à tout autre procédé électroniques donnant accès aux contenus jugés illicites par une décision judiciaire.

⁷ Seule existe l'obligation pour les distributeurs de services de faire droit, dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, aux demandes des éditeurs de services de télévision gratuits (art 34-4 de la loi du 30 septembre 1986)

⁸ Avis n° 2018-1204 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 2 octobre 2018 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de la concurrence portant sur l'impact de la révolution numérique sur l'audiovisuel

⁹ Lorsqu'une décision judiciaire passée en force de chose jugée interdit la reprise totale ou partielle d'un contenu portant atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin, et lorsque l'ARCOM est saisie par un titulaire de droits concerné

L'Autorité souligne qu'en fonction des modalités retenues pour la mise en œuvre de ce texte, le fournisseur d'accès à internet (ci-après FAI)¹⁰ pourrait se voir imposer une obligation de surveillance disproportionnée.

A ce jour, par exemple dans le cadre des réglementations en vigueur concernant la lutte contre le terrorisme et la pédopornographie¹¹, les FAI sont tenus d'empêcher par tout moyen l'accès aux services qui leur sont indiqués au moyen d'une liste d'adresses électroniques qui comprend notamment les noms de domaine.

Si un système similaire n'était pas prévu pour la mise en œuvre des dispositions introduites par le projet de texte, les FAI seraient soumis à une obligation de blocage de tout site, de tout serveur ou de tous autres procédés électroniques donnant accès aux contenus jugés illicites par une décision de justice alors même que ne seraient transmis aux FAI que ces contenus. Une telle obligation apparaît en pratique techniquement irréaliste et sa proportionnalité soulève donc de fortes interrogations (impossibilité probable dans le cas général pour le FAI d'identifier tous les cas de mise à disposition du contenu jugé illicite, limitations intrinsèques au fonctionnement du réseau du FAI, présence de trafic chiffré opaque pour le FAI etc.).

Par ailleurs, des remarques de même nature sont à formuler s'agissant de l'obligation précitée qui s'applique également aux fournisseurs de nom de domaine ainsi que s'agissant de l'obligation, prévue par le même article, pour tout moteur de recherche ou tout annuaire de faire cesser le référencement des adresses électroniques donnant accès à ces contenus.

Enfin, la compatibilité de ces dispositions avec le règlement européen sur l'internet ouvert¹² est contestable. En effet, si le règlement prévoit bien que les FAI peuvent déroger à l'interdiction d'appliquer des mesures de gestion de trafic, dont font partie les mesures de blocage, pour répondre à des obligations issues d'une législation nationale, il prévoit que ces obligations doivent être proportionnées¹³. Or pour les raisons exposées ci-avant, la proportionnalité des mesures envisagées pose fortement question.

4 La télévision numérique terrestre

Le projet de loi (articles 20, 21 et 22) introduit des dispositions visant à favoriser l'arrivée et la pénétration de la « ultra haute définition », en spécifiant notamment des obligations concernant la vente des téléviseurs et des adaptateurs individuels.

Dans un contexte de décroissance de l'utilisation de la TNT, l'Arcep regrette qu'il n'ait pas été précédé d'une réflexion stratégique globale sur l'articulation de la diffusion hertzienne avec le déploiement des réseaux de communications électroniques très haut débit. Dans l'hypothèse où le Gouvernement souhaiterait conduire une telle réflexion, l'Autorité se tient à sa disposition pour y contribuer par son expertise.

¹⁰ Comme le fournisseur de noms de domaine

¹¹ Décret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique

¹² Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant les mesures relatives à un internet ouvert

¹³ Considérant 13 du règlement européen

5 La régulation des opérateurs de plateformes

L'Arcep prend acte que le projet de texte ne tire pas pleinement conséquence de l'ensemble des travaux réalisés dans le cadre des états généraux du numérique et des propositions qu'elle a portées à cette occasion¹⁴.

Néanmoins, le projet de loi (article 43) prévoit la création d'un service administratif de l'Etat auquel les autorités administratives ou publiques indépendantes à qui seraient confiées des missions de régulation des opérateurs de plateforme en ligne pourront recourir dans le cadre de conventions. L'exposé des motifs précise que les autorités de régulation concernées sont multiples, et cite notamment l'Arcep.

L'Autorité accueille favorablement la création d'un tel service qui permettra de créer une masse critique sur laquelle pourront s'appuyer les autorités en charge de la régulation des opérateurs de plateforme en ligne. Dans la mesure où elle est citée dans les motifs du projet de texte parmi les autorités qui pourront recourir à ce service et où elle ne dispose pas actuellement d'une compétence concernant la régulation des opérateurs de plateforme en ligne, l'Arcep comprend qu'elle pourrait avoir vocation à obtenir de nouvelles compétences en matière de régulation de ces acteurs.

¹⁴ <https://egnum.cnnumerique.fr/>

6 Conclusion

Tout d'abord, l'Autorité se réjouit de l'avancée des travaux sur la transposition du code européen qui comporte des sujets aux enjeux majeurs pour notre société tels que l'évolution du service universel et la couverture numérique du territoire.

Par ailleurs, l'Arcep se tient à disposition du Gouvernement pour participer à une réflexion stratégique globale, d'une part, sur la diffusion de la télévision à l'heure de la généralisation des réseaux à très haut débit et, d'autre part, sur la régulation des opérateurs de plateforme en ligne.

Elle salue l'approche du Gouvernement tendant à la création d'un service administratif de l'Etat qui permettra de créer une masse critique sur laquelle pourront s'appuyer les autorités à qui seraient confiées des missions de régulation des opérateurs de plateforme en ligne et comprend qu'elle pourrait avoir vocation à être un des régulateurs de ces acteurs.

En revanche, l'Autorité estime que les dispositions visant à instaurer une nomination de membres croisés entre le collège de l'Arcep et celui de l'Arcom ainsi qu'une instance de règlement des différends commune aux deux autorités sont des dispositifs disproportionnés et ne constituent pas des réponses adaptées aux enjeux actuels. Elle propose de leur substituer un dispositif de saisines croisées renforcé, dispositif qui pourrait, en tant que de besoin, être étendu à d'autres autorités.

S'agissant spécifiquement de la compétence qu'aurait l'instance commune pour se prononcer sur les différends relatifs à la distribution de la presse, l'Autorité estime que le projet de loi est inadapté. En effet, il risque d'affaiblir l'autorité de l'Arcep dans la régulation de ce secteur complexe, qui connaît des crises répétées, alors même que la loi relative à la modernisation de la distribution de la presse qui vient d'être promulguée a précisément choisi de renforcer le rôle et les compétences du régulateur de ce secteur en confiant cette mission à l'Arcep.

Enfin, l'Autorité attire l'attention du Gouvernement sur la nécessité d'encadrer l'obligation de blocage des contenus illicites qui pourra être amenée à peser sur les FAI afin que celle-ci demeure proportionnée, eu égard notamment au règlement européen sur l'internet ouvert.

Fait à Paris, le 22 octobre 2019,

Le Président

Sébastien SORIANO