

CONSEIL D'ETAT

Assemblée générale

**Séances du mercredi 27 et
du jeudi 28 novembre 2019**

Section de l'intérieur

Section des finances

N° 398829

**EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS
Rectificatif du 2 décembre 2019**

AVIS SUR UN PROJET DE LOI

relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique

NOR : MICE1927829L/Verte-3

1. Le Conseil d'Etat a été saisi le 12 octobre 2019 d'un projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique. Ce texte a fait l'objet de deux saisines rectificatives, les 15 et 25 novembre 2019. L'étude d'impact a été complétée le 18 novembre 2019.

Ce projet appelle les observations suivantes du Conseil d'Etat.

I. CONSIDERATIONS GENERALES

2. Plusieurs rapports et avis qui ont précédé le projet de loi soumis à l'examen du Conseil d'Etat¹ ont fait le constat d'une inadaptation du modèle historique de régulation audiovisuelle, qu'expliquent les nombreuses et rapides mutations induites par les techniques et les usages numériques au cours des vingt dernières années. Grâce à de nouveaux modes de diffusion permis par l'extension progressive du haut et du très haut débit, de nouveaux acteurs, principalement de grandes plateformes extra-européennes de fourniture ou de partage de contenus, sont entrés sur le marché. Ils ont connu un succès rapide en raison de la liberté d'accès qu'ils donnent, grâce à de nouveaux supports de plus en plus performants et bon marché, à une offre multiple et variée. Ces mutations ont rendu en partie dépassés les instruments de régulation anciens conçus à l'époque des réseaux hertziens et la diffusion linéaire de programmes.

¹ Avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, Refonder la régulation audiovisuelle, septembre 2018 ; Rapport d'information n°1292 de l'Assemblée nationale présenté par Mme Aurore Bergé en conclusion des travaux de la mission d'information sur une nouvelle régulation de la communication audiovisuelle à l'ère numérique, octobre 2018 ; Avis n°19-A-04 du 21 février 2019 de l'Autorité de la concurrence relatif à une demande d'avis de la commission des Affaires culturelles et de l'éducation de l'Assemblée nationale dans le secteur de l'audiovisuel ; Rapport de G. Beauvallet et J.Y Ollier, L'organisation de la régulation de la communication et des plateformes numériques, juillet 2019.

3. Il n'existe que des embryons de régulation adaptés au rôle que jouent ces nouveaux acteurs dans la diffusion de contenus. Leur essor a bousculé les modèles économiques des opérateurs historiques. Il a affaibli le financement de la création européenne. Il a aussi laissé se développer des pratiques illicites et le piratage, aux dépens du modèle européen de protection des droits d'auteurs et voisins.

4. Le droit de l'Union et le droit national distinguent trois types de services transportés par les réseaux de communication électronique. Les services de communication électronique consistent principalement dans la transmission de signaux (et incluent les services de fourniture d'accès à internet et de téléphonie payante). Les services de médias audiovisuels ont pour objet la fourniture de programmes éditorialisés dans le but d'informer, de divertir et d'éduquer, selon une forme linéaire (visionnage simultané sans possibilité d'intervention de l'utilisateur) ou non linéaire (dans laquelle l'utilisateur fait le choix du programme et du moment où il y accède). La troisième catégorie concerne les services fournis à distance par voie électronique à la demande de leur récepteur. Les définitions diffèrent en ce qui concerne les critères additionnels, et recourent en partie les précédentes : la « *communication au public en ligne* », en droit français, vise les transmissions de données n'ayant pas le caractère de correspondance privée, tandis que les « *services de la société de l'information* », en droit de l'Union, désignent les services fournis normalement contre rémunération, et incluent aussi bien la vidéo à la demande que la fourniture d'accès à internet.

En droit français, la notion de communication au public par voie électronique, englobe l'audiovisuel et la communication au public en ligne. Elle est définie à l'article L. 32 du code des postes et communications électroniques et à l'article 2 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication audiovisuelle, dans la rédaction que leur a donnée la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), comme « *toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé électronique 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* ».

Parmi les contenus mis à disposition du public par voie électronique, les régimes applicables aux services de médias audiovisuels et aux autres services (services de la société de l'information ou de communication au public en ligne) sont fondamentalement différents. Les seconds relèvent de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite directive e-commerce, transposée en droit interne par la loi LCEN (article 6-1) : leur sont applicables les principes de la loi du pays d'établissement, de la libre prestation de services, de la protection du consommateur, de l'absence de responsabilité des prestataires techniques (hébergeurs et fournisseurs d'accès) à l'égard des contenus auxquels ils donnent accès dès lors qu'ils ne les sélectionnent et ne les modifient pas. Les premiers relèvent de la directive 2010/13/UE relative à la fourniture de services de médias audiovisuels, dite directive SMA, qui admet que des intérêts généraux, comme la protection de l'honnêteté de l'information, le pluralisme, la protection des mineurs ou encore l'encouragement à la création d'œuvres européennes justifient des réglementations et des interventions du régulateur national compétent dans le pays d'établissement du service. Ce régime trouve sa traduction en droit français dans la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication audiovisuelle.

Ces catégories de contenus se combinent avec les définitions que donnent les différents textes des acteurs : services de communication audiovisuelle, plateformes en ligne définies à l'article L. 111-7 du code de la consommation (issu de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique), services de médias à la demande, plateformes de vidéo ou de partage, ces définitions pouvant parfois concerner les mêmes opérateurs.

5. En l'état de ce droit qui établit ainsi une distinction binaire entre prestataires techniques ou hébergeurs et éditeurs de contenus, distinction en large partie dépassée par l'apparition de ces nouveaux acteurs qui ne se bornent pas à un rôle purement technique sans pour autant pouvoir être qualifiés d'éditeurs, le législateur européen est intervenu pour renforcer la responsabilité de certaines plateformes dans le cadre juridique résultant notamment des directives 96/9 CE et 2001/29 sur le droit d'auteur, 2010/13 (SMA) et 2000/31 e-commerce. Par la directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, il a introduit des modifications qui apportent des clarifications au champ d'application de la directive e-commerce concernant le régime de responsabilité des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne en matière de protection de la propriété littéraire et artistique. Dans la directive 2018/1808 qui a refondu la directive SMA, il a décidé de créer des obligations à la charge des fournisseurs de plateformes de partage de vidéos afin de protéger, d'une part, les mineurs contre certains contenus et, d'autre part, le grand public contre des contenus incitant à la violence, à la haine ou à la provocation publique à commettre une infraction terroriste.

Pour sa part, le législateur national a, dans la période récente, pris deux initiatives en matière de régulation numérique des contenus : la première avec le vote de la loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information (avis du Conseil d'Etat n°394641 du 19 avril 2018) ; la seconde avec la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 9 juillet 2019 (avis du Conseil d'Etat n° 397368 du 16 mai 2019).

Toutefois ces aménagements ponctuels en droit national ou en droit de l'Union Européenne n'ont pas fait émerger une vision d'ensemble de la régulation numérique, de son champ, de ses finalités et de ses modalités. Cette vision ne peut au demeurant se concevoir qu'à l'échelle européenne, notamment dans la perspective d'établir à cette échelle des conditions d'intervention plus équitables entre opérateurs européens et extra européens.

6. Dans ce contexte, le projet de loi poursuit plusieurs objectifs :

- transposer les dispositions de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et de la directive SMA 2010/13 telle que modifiée par la directive 2018/1808, renforcer les moyens consacrés à la création par une adaptation de la contribution à la production demandée aux éditeurs établis en France et son extension aux services qui visent la France et alléger certains contraintes pesant sur les éditeurs de services ;

- procéder à une rénovation et une amplification de la régulation en fusionnant le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) avec la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) au sein d'une autorité unique, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), dont la coopération avec l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) est institutionnalisée. Les compétences de la nouvelle autorité en matière de lutte contre le piratage sont renforcées. Des compétences nouvelles à l'égard de certains acteurs du numérique lui sont attribuées ;
- rassembler dans un ensemble ayant à sa tête une société mère « France Médias » les sociétés ou établissements de l'audiovisuel public (radio, télévision, archives), réformer la gouvernance de ces sociétés et leur mode de relation avec l'Etat.

Le projet est organisé en quatre titres : le titre Ier est consacré au développement et à la diversité de la création et de la communication audiovisuelle ; le titre II à l'adaptation de la communication audiovisuelle ; le titre III à la transformation de l'audiovisuel public à l'ère numérique ; le titre IV comporte des dispositions d'entrée en vigueur et diverses mesures, telles qu'une réforme de la régulation de la concurrence et plusieurs habilitations du Gouvernement à légiférer par ordonnances. Le Conseil d'Etat n'a pas remis en cause l'ordre de ce plan tout en relevant qu'il eut été plus logique d'ouvrir le texte sur le titre consacré à la nouvelle régulation.

7. Le choix qui a été fait de procéder par modification de la loi du 30 septembre 1986, texte qui a lui-même fait l'objet de nombreuses retouches successives ayant altéré l'architecture d'ensemble et la cohérence interne, rend la construction et la compréhension du projet de loi malaisées, au moins à première lecture. Le Conseil d'Etat invite le Gouvernement, à l'occasion de la rédaction de l'ordonnance à laquelle le projet de loi renvoie pour réécrire la loi et la codifier, à être particulièrement attentif à la mise en cohérence des concepts, du champ et des outils d'intervention de cette régulation. Le Conseil d'Etat propose d'élargir le champ de l'habilitation afin que l'ensemble des textes concernés puissent, au-delà de la loi de 1986, être mis en cohérence, si nécessaire modifiés, et codifiés.

8. Les consultations rendues obligatoires par la loi étaient celles des autorités de régulation concernées par le texte : CSA (avis du 8 novembre 2019) Hadopi (avis du 24 octobre 2019), ARCEP (avis du 22 octobre 2019) CNIL (avis du 12 novembre 2019). Globalement favorables au projet, avec d'importantes nuances propres à chacune des autorités consultées, certaines de leurs suggestions ont été reprises par le Conseil d'Etat et ont fait l'objet de dispositions insérées dans la saisine rectificative.

Le Conseil d'Etat regrette que, alors même qu'aucune consultation obligatoire n'était ici requise, l'outre-mer n'ait pas été mieux associé à la réflexion.

9. Globalement satisfaisante, l'étude d'impact appelle deux observations. D'une part, elle constitue davantage dans certains cas un plaidoyer au soutien des choix opérés qu'une analyse des solutions possibles, et revêt parfois un intérêt seulement rhétorique. D'autre part, rédigée en peu de temps, elle porte la marque d'une élaboration par blocs qui n'a pu être harmonisée, aboutissant à un document qui manque d'unité et de concision et comporte certaines répétitions. Certains articles ne font l'objet d'aucune mention ou exposent des considérations trop allusives, signalées au fur et à mesure des développements du présent avis.

Le Conseil d'Etat prend note avec intérêt de l'insertion dans l'étude d'impact de sept indicateurs d'impact destinés à mesurer l'atteinte des objectifs de la loi. Il approuve cette nouvelle orientation qui doit faciliter l'évaluation de la mise en œuvre des textes législatifs. Il recommande de veiller à ce que les indicateurs choisis correspondent aux objectifs majeurs du texte et que leur méthode de construction, leur périodicité et leur mode de diffusion soient bien précisés. Leur formulation doit, par ailleurs, être aussi lisible et compréhensible que possible.

II. DEVELOPPEMENT ET DIVERSITE DE LA CREATION ET DE LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE (titre Ier)

10. Les mesures envisagées dans le premier chapitre du titre Ier sont relatives au régime de la contribution des éditeurs de services audiovisuels à la production cinématographique et audiovisuelle et à son extension, prévue par l'article 13, paragraphe 2, de la directive SMA, aux services établis dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE et qui visent le territoire français. Le deuxième chapitre de ce titre comporte des dispositions tendant à alléger les contraintes légales pesant sur les services de télévision en matière de publicité et de diffusion d'œuvres cinématographiques. Les mesures prévues par le troisième chapitre ont pour objet la modernisation technologique de la radio et de la télévision.

Réforme du régime de la contribution à la production

11. La loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication prévoit (articles 27, 33, 33-2, 71 et 71-1) que les services de communication audiovisuelle diffusés par voie hertzienne terrestre, les services de communication audiovisuelle distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par l'autorité de régulation et les services de médias audiovisuels à la demande distribués par les réseaux n'utilisant pas ces fréquences et mettant à la disposition du public des œuvres cinématographiques ou audiovisuelles contribuent au développement de la production, notamment de la production indépendante, d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles. Pour chacune des catégories de services, un décret détermine les conditions de mise en œuvre de cette contribution.

12. A la fin des années 2000, des négociations entre les éditeurs de services et les organisations représentatives de la création audiovisuelle ont abouti à la conclusion d'accords relatifs aux modalités de la mise en œuvre de la contribution au développement de la production. Le législateur, par la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, a inscrit dans la loi du 30 septembre 1986 le principe selon lequel les conventions conclues entre l'autorité de régulation et les éditeurs de services « *précisent les modalités de mise en œuvre* » de la contribution et « *tiennent compte* » des accords professionnels. Ces accords ont été retranscrits dans de nouveaux décrets édictés pour chaque catégorie de service (décret n° 2010-747 du 2 juillet 2010, décret n° 2010-416 du 27 avril 2010, décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010).

13. Le projet de loi vise à simplifier les dispositions législatives applicables. Il ne prévoit plus qu'un seul décret d'application fixant les principes selon lesquels est établie la contribution, différenciée selon la nature des services et de leur programmation. Il cherche aussi à clarifier les rapports normatifs entre le décret, les accords professionnels et les conventions passées entre l'autorité de régulation et chaque éditeur de services. Il dispose également que les services de médias audiovisuels à la demande qui relevaient jusqu'ici d'un régime déclaratif, seront à l'avenir soumis, en fonction de leur chiffre d'affaires, à un régime de conventionnement avec l'autorité de régulation. Pour la conclusion de ces conventions, le Conseil d'Etat suggère de porter de trois à six mois le délai prévu par le projet de loi, courant à compter de la publication des décrets d'application.

Règles relatives à l'établissement de la contribution à la production cinématographique et audiovisuelle : la combinaison des normes

14. Pour clarifier le dispositif souhaité par le Gouvernement, qui entend faire une large place à la négociation contractuelle dans un cadre préfixé, le Conseil d'Etat adopte une version du texte qui procède à une réécriture d'ensemble du nouvel article 71 de la loi du 30 septembre 1986, en regroupant et structurant dans cette disposition le régime de la contribution au développement de la production cinématographique et audiovisuelle.

15. Le Conseil d'Etat définit en particulier, de manière plus précise, le champ de la contribution et ses éléments constitutifs. Il insère dans le projet de loi le principe selon lequel le décret détermine les conditions et limites dans lesquelles des accords peuvent préciser ses modalités d'application. Il prévoit en outre que ces accords puissent, dans des conditions équilibrées, adapter des règles fixées par le décret, sous réserve d'être homologués par le ministre chargé de la culture.

16. Il ajoute que l'autorité de régulation, comme elle le fait actuellement, tient compte de ces accords dans le cadre des conventions conclues avec les éditeurs, tout en précisant qu'elle doit prendre en considération, lorsqu'elle fixe les modalités globales de la contribution d'un éditeur, les services qu'il propose et la nature de ses programmations. Dans l'hypothèse où un accord a été homologué par le ministre de la culture, le Conseil d'Etat précise que ses stipulations sont directement annexées à la convention avec laquelle elles font corps.

17. Le projet de loi introduit, dans le mécanisme des accords, une innovation importante en prévoyant qu'ils sont conclus entre l'éditeur de services et une ou plusieurs organisations professionnelles représentant, comme jusqu'à présent, des producteurs, mais aussi, dorénavant, les organisations professionnelles et organismes de gestion collective représentant les auteurs.

L'association des représentants des auteurs aux négociations professionnelles ne se heurte à aucun obstacle de principe. Afin que l'équilibre sur lequel reposent ces négociations ne soit pas remis en cause, le Conseil d'Etat précise dans le projet de loi que la signature des accords par les organisations professionnelles et organismes de gestion collective représentant les auteurs doit être « *recherchée* » - le terme est important - pour la seule partie qui « *affecte directement leurs intérêts* », cette condition devant être définie par le futur décret. Dans l'interprétation qu'en fait le Conseil d'Etat, l'obtention de cette signature n'est pas une obligation à laquelle serait subordonnée la validité des accords entre éditeurs et producteurs ou la prise en compte de ces accords par l'autorité de régulation lors de l'élaboration des conventions avec les éditeurs.

18. Le projet prévoit par ailleurs que la contribution doit permettre le financement de la production indépendante des éditeurs afin de garantir la diversité culturelle de la production. Les critères d'appréciation du caractère indépendant d'une production, qu'il appartiendra au décret de préciser, sont relatifs aux liens capitalistiques directs ou indirects entre l'éditeur et le producteur, à la nature et à l'étendue de la responsabilité du service dans la production de l'œuvre, à la nature et à l'étendue des droits détenus par l'éditeur sur l'œuvre, et, pour les œuvres audiovisuelles, à la détention, directe ou indirecte, par l'éditeur de services de parts de producteur. Le Conseil d'Etat relève que le projet confirme les critères de la production indépendante actuellement en vigueur et n'entend pas revenir sur la possibilité pour l'éditeur de détenir des parts de producteurs, dans des conditions qui seront précisées par le décret et les accords.

19. Le projet prévoit, en outre, qu'une œuvre n'est pas prise en compte au titre de la contribution au développement de la production des œuvres cinématographiques et audiovisuelles lorsque l'autorité de régulation constate que des clauses des contrats conclus pour sa production ne sont pas compatibles avec les dispositions des articles L. 121-1 et L. 121-5 du code de la propriété intellectuelle (CPI) relatives à la protection des droits moraux des auteurs et les principes énoncés aux articles L. 131-4 et L. 132-25 de ce code. Cette mesure fait écho à la disposition nouvelle insérée dans le code du cinéma et de l'image animée qui subordonne l'attribution des aides financières du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC) au respect, par les contrats conclus avec les auteurs, des mêmes droits et principes. Le Conseil d'Etat estime que cette disposition, qui ne méconnaît aucun principe, est de nature à préserver des règles essentielles relatives aux droits reconnus aux auteurs. Il précise que l'autorité de régulation, qui exerce le contrôle de cette exigence, peut être saisie par le CNC ou toute personne intéressée au plus tard deux mois après la date à laquelle elle approuve le bilan de la contribution d'un éditeur de services, qui est une décision créatrice de droits (CE, 5/4, 27 avril 2007, Société Métropole Télévision, n° 269872). L'autorité se prononce dans un délai maximum de deux mois suivant sa saisine.

Extension du champ des contributeurs à la production cinématographique et audiovisuelle

20. Le projet de loi transpose en droit interne la faculté offerte aux Etats membres par l'article 13 paragraphe 2 de la directive SMA de soumettre à la contribution au développement de la production cinématographique et audiovisuelle les éditeurs de services de télévision et de médias audiovisuels à la demande établis dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) qui visent le territoire français. Plus largement, le projet de loi soumet aussi à cette contribution, ainsi qu'aux dispositions de l'article 15 de la loi du 30 septembre 1986, les éditeurs de services de télévision et de médias audiovisuels à la demande relevant de la compétence d'un Etat qui n'est ni membre de l'Union européenne, ni partie à l'accord sur l'EEE et qui visent le territoire français.

Les services de médias audiovisuels dont le chiffre d'affaires annuel ou l'audience sont inférieurs à des seuils fixés par décret ne seront pas soumis à l'obligation de contribution, ainsi qu'il est prévu au paragraphe 6 de l'article 13 de la directive SMA.

21. Le Conseil d'Etat précise dans le projet de loi les dispositions relatives aux modalités de mise en œuvre de cette contribution, pour qu'elles ne puissent être regardées comme constituant une entrave à la retransmission sur le territoire français de services de médias audiovisuels en provenance d'autres États membres de l'UE ou parties à l'accord sur l'EEE.

22. Ce régime est comparable, sous réserve de certaines spécificités, à celui du droit commun, auquel il est renvoyé, y compris en ce qu'il est modifié par le présent projet de loi. Dans le cadre fixé par la loi et précisé par un décret, il appartiendra aux nouveaux contributeurs de conclure, d'une part, une convention avec l'ARCOM dont l'objet portera exclusivement sur la contribution au développement de la production et les conditions d'accès des ayants droit aux données relatives à l'exploitation de leurs œuvres et, d'autre part, des accords avec une ou plusieurs organisations professionnelles de l'industrie cinématographique et audiovisuelle y compris, pour la partie de ces accords qui affectent directement leurs intérêts, les représentants des auteurs. A défaut de convention conclue avec l'autorité de régulation, il appartiendra à cette dernière de notifier au service de médias audiovisuels, sur la base des obligations prévues par un décret, l'étendue des obligations de contribution et d'accès aux données d'exploitation assignées à ce service. Enfin, l'autorité de régulation disposera du pouvoir de prononcer une sanction financière à l'encontre des services ne remplissant par leurs obligations en matière de contribution à la production et de la rendre publique. La mise en œuvre de ce régime sera facilitée par l'introduction à l'article L. 163 du livre des procédures fiscales d'une disposition prévoyant que l'ARCOM peut recevoir de l'administration des impôts tous les renseignements relatifs au chiffre d'affaires des éditeurs des services de médias audiovisuels pour s'assurer de leur contribution au développement de la production audiovisuelle et cinématographique. En outre, le Conseil d'Etat suggère de modifier le projet en précisant, afin de rendre plus effective l'application de ce régime de contribution, que les éditeurs de services concernés désignent auprès de l'ARCOM un représentant légal établi dans l'Union européenne exerçant les fonctions d'interlocuteur référent pour la France.

23. Le Conseil d'Etat considère que si la conclusion de conventions et d'accords constitue, par elle-même, une restriction à la libre prestation de services, en ce qu'elle impose aux services établis dans un Etat de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'EEE visant la France une formalité liée à l'exercice de leur activité sur le territoire d'un autre Etat membre, une telle restriction apparaît comme étant justifiée et proportionnée pour permettre la mise en œuvre effective de l'obligation de contribution à la production cinématographique et audiovisuelle dans des conditions non discriminatoires avec les services de médias audiovisuels établis en France. En particulier, le Conseil d'Etat relève que ces conventions et accords sont librement négociés et ne mettent pas en cause le contenu des programmes proposés par les services. Il souligne ensuite que, d'une part, seule la méconnaissance de l'obligation de contribuer à la production, ou de pouvoir accéder aux données d'exploitation, qu'elle soit mise en œuvre par la voie conventionnelle ou résulte des obligations réglementaires, peut faire l'objet d'une sanction par l'autorité de régulation et, d'autre part, que les sanctions prévues dans cette hypothèse ne permettent pas à l'autorité administrative de suspendre la diffusion du service sur le territoire national.

24. Le projet prévoit par ailleurs que la contribution au développement de la production concerne des œuvres cinématographiques et audiovisuelles européennes dont une part est réservée à des œuvres d'expression originale française. Le Conseil d'Etat estime que cette double condition tenant au caractère et, pour partie, à la langue d'expression des œuvres est compatible avec la directive SMA. Certes, celle-ci prévoit seulement une contribution financière à la production d'œuvres européennes. Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne (5 mars 2009, C-222/07) a jugé qu'une mesure qui, au sein de l'obligation générale de financement des œuvres européennes, instaure une obligation d'investir dans des œuvres dont la langue originale est une langue officielle de l'Etat membre est justifiée par l'objectif de défendre et de promouvoir cette langue. Il appartiendra au pouvoir réglementaire de prévoir des modalités d'application de cette condition qui veillent à garantir leur caractère proportionné par rapport à l'objectif dont la réalisation est poursuivie.

25. S'agissant de la contribution demandée aux services ne relevant pas de la compétence d'un Etat membre de l'UE ou partie à l'accord sur l'EEE et de l'obligation qui leur est faite de respecter l'article 15 de la loi du 30 septembre 1986, relatif à la protection de l'enfance et de l'adolescence et au respect de la dignité de la personne, le Conseil d'Etat invite le Gouvernement à mettre en œuvre les moyens nécessaires pour en assurer le caractère effectif.

Publicité et diffusion d'œuvres cinématographiques

26. Le projet de loi comporte diverses dispositions en matière de placement de produits dans les programmes des services de communication audiovisuelle, d'insertion de messages publicitaires ou de télé-achat sur écran partagé à l'occasion de la retransmission de manifestations sportives et de nombre maximal d'interruptions publicitaires lors de la diffusion d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle, porté à trois lorsque l'œuvre comporte au moins quatre tranches programmées de trente minutes. Le projet de loi supprime en outre les restrictions portant sur les jours et les heures de diffusion des œuvres cinématographiques par les services de télévision, rendues obsolètes par l'évolution des modes de consommation et l'offre de cinéma externe aux chaînes. Ces dispositions n'appellent pas d'observations particulières du Conseil d'Etat.

Modernisation technologique de la radio et de la télévision numériques

27. Le projet de loi comporte des dispositions relatives au déploiement de la radio numérique terrestre, qui assurent la transposition du code européen des communications électroniques s'agissant de l'obligation de compatibilité des postes de radio équipant les véhicules. Il comporte également des dispositions relatives à la diffusion des chaînes de la TNT en Ultra-haute définition (UHD). Une phase d'expérimentation de la UHD est prévue, puis un déploiement sur un nouveau multiplex.

Le projet de loi prévoit, au stade de l'expérimentation, une dérogation au principe de l'appel à candidatures. Il reconnaît ensuite, au stade du déploiement, un droit de priorité aux actuels titulaires d'autorisation de diffuser via la TNT. Le Conseil d'Etat estime que ces dérogations au principe de la mise en concurrence des autorisations d'utiliser les fréquences sont justifiées au regard de la finalité technologique poursuivie par ces dispositions. Il relève que des mesures similaires avaient été mises en œuvre lors du passage de la diffusion analogique à la diffusion numérique puis lors de la diffusion en haute définition.

Transposition de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique

28. Cette directive, que les Etats membres doivent avoir transposée avant le 7 juin 2021, a déjà fait l'objet d'une transposition partielle. Son article 15, qui crée un droit voisin au profit des éditeurs et des agences de presse au titre de l'utilisation numérique de leurs publications par les services de communication en ligne, a en effet été introduit dans le droit national par la loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019.

Le projet de loi transpose pour sa part les articles 17 à 22 de la directive et habilite par ailleurs le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures législatives destinées, dans le code de la propriété intellectuelle (CPI), à achever la transposition du texte de l'Union.

La transposition par le projet de loi des seuls articles 17 à 22 de la directive 2019/790, qui constituent un bloc homogène, n'appelle pas d'observation particulière du Conseil d'Etat.

Transposition de l'article 17 relatif à l'utilisation des contenus protégés par les fournisseurs de service de partage de contenus en ligne

29. Le projet de loi introduit, dans le titre III (« Exploitation des droits ») du livre I^{er} du CPI relatif aux droits d'auteurs et dans le livre II du même code relatif aux droits voisins, des dispositions applicables aux fournisseurs de partage de contenus en ligne. Ceux-ci sont définis, conformément aux termes de la directive, comme les personnes qui fournissent « *un service de communication au public en ligne dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, que le fournisseur de services organise et promeut en vue d'en tirer un profit direct ou indirect* ». L'évaluation de la « *quantité importante* » d'œuvres doit tenir compte du nombre de fichiers de contenus protégés téléversés par les utilisateurs du service, du type d'œuvres téléversées et de l'audience du service.

30. Ces dispositions créent un régime de responsabilité spécifique applicable à ces services. En « *donnant accès* » à des œuvres protégées par le droit d'auteur téléversées par leurs utilisateurs, les fournisseurs réalisent un acte de « *représentation* » de ces œuvres, ou, pour les objets protégés par un droit voisin, un acte d'exploitation qui relève du droit de communication au public ou du droit de télédiffusion. Ils doivent avoir obtenu à cette fin une autorisation des titulaires de droits (auteurs (article L. 122-2 du CPI), artistes-interprètes (article L. 212-1 du CPI), producteurs de phonogrammes (article L. 213-1 du CPI) et de vidéogrammes (article L. 215-1 du CPI), entreprises de communication audiovisuelle (article L. 216-1 du CPI), auxquels s'ajoutent les éditeurs de presse et agences de presse, dont l'article L. 218-2 du CPI introduit par la loi du 24 juillet 2019 requiert l'autorisation avant toute « *communication au public totale ou partielle de leurs publications de presse sous une forme numérique par un service de communication au public en ligne* »). L'autorisation obtenue couvre également les actes accomplis par les utilisateurs de ces services lorsqu'ils n'agissent pas à titre commercial ou lorsque leur activité ne génère pas de revenus significatifs.

31. En l'absence d'autorisation, les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité qu'en démontrant qu'ils ont fourni leurs « *meilleurs efforts* » pour l'obtenir, pour garantir l'indisponibilité des œuvres pour lesquelles les titulaires de droits leur ont fourni des informations pertinentes et nécessaires et qu'ils ont promptement agi dès réception d'une notification pour bloquer l'accès aux œuvres. Pour apprécier le respect des obligations il est tenu compte de l'audience, de la taille du service et des moyens dont il dispose. Les conditions d'exonération sont assouplies pendant une période de trois ans pour les services ayant un chiffre d'affaire inférieur à 10 millions d'euros. Des obligations de transparence à l'égard des titulaires de droits sur les diligences qu'ils ont effectuées sont mises à la charge des fournisseurs de service. Ceux-ci doivent par ailleurs mettre en place à la disposition des utilisateurs un dispositif de recours et de traitement des plaintes concernant les situations de blocage ou de retrait d'œuvres téléversées dont les utilisateurs estiment qu'elles l'ont été licitement au titre des exceptions au principe de l'autorisation.

32. Ce dispositif lève ainsi toute ambiguïté sur l'inapplication du régime de limitation de responsabilité, établi au bénéfice des prestataires de services de communication au public en ligne « *hébergeurs* » à raison des contenus qu'ils diffusent, résultant de l'article 14 de la directive e-commerce, aux fournisseurs de contenus de partage en ligne. Ce régime n'est par ailleurs pas soumis au principe de la compétence du pays d'établissement, l'article 3 de la directive e-commerce ayant explicitement exclu de son application le domaine du droit d'auteur et des droits voisins.

33. La transposition opérée par le projet de loi est fidèle aux termes inconditionnels du texte européen. Certaines des règles posées par celui-ci n'appellent pas de dispositions nouvelles dans le CPI, compte tenu du droit déjà en vigueur ou de la nature des prescriptions de la directive. Il en va ainsi des exceptions au principe d'autorisation qui figurent à l'article L. 122-5 du code (citations, critiques, utilisations à des fins de parodie ou de pastiche...) ou de l'absence d'obligation générale de surveillance qui résulte nécessairement des obligations spécifiques mises à la charge des fournisseurs de services par le texte.

34. Le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la question de savoir si les plateformes ayant donné accès à des œuvres sans autorisation étaient susceptibles de voir, outre leur responsabilité civile, leur responsabilité pénale engagée au titre du délit de contrefaçon, tel qu'il est défini aux articles L. 335-3 du CPI (« *...toute représentation ou diffusion par quelque moyen que ce soit d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi* ») et L. 335-4 du CPI (« *communication ou mise à disposition du public, à titre onéreux ou gratuit, ou toute télédiffusion d'une prestation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme, d'un programme ou d'une publication de presse, réalisée sans l'autorisation, lorsqu'elle est exigée, de l'artiste-interprète, du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes, de l'entreprise de communication audiovisuelle, de l'éditeur de presse ou de l'agence de presse* »), ou si il était nécessaire d'envisager la création d'un délit autonome, compte tenu des clauses d'exonération de responsabilité prévues par le texte, nouvelles dans le droit de la contrefaçon.

35. L'examen attentif des dispositions envisagées par le projet de loi conduit le Conseil d'Etat à estimer que ces dispositions caractérisent clairement et précisent l'infraction, l'acte de donner accès sans autorisation à des œuvres ou objets protégés répondant à la définition du délit de contrefaçon donnée à l'article L. 335-3 et à l'article L. 335-4 du CPI. Il appartiendra au juge saisi d'examiner au cas par cas si les conditions d'exonération de responsabilité de ce délit sont réunies. Par suite, il n'apparaît pas au Conseil d'Etat que le principe de légalité des délits et des peines rendrait nécessaire d'introduire dans le projet de loi des dispositifs complémentaires d'incrimination.

36. L'accès donné au public en France à des œuvres et objets protégés par le droit d'auteur et les droits voisins par un fournisseur de services de partage de contenus en ligne, s'il n'a pas été autorisé par les titulaires de droits, relèvera donc des juridictions civile et pénale françaises, quel que soit le lieu du téléversement, et quel que soit le lieu d'établissement du fournisseur de service.

37. Le Conseil d'Etat s'est également interrogé sur la définition du champ d'application du régime dans la mesure où le considérant 63 de la directive précise que l'évaluation visant à déterminer si un fournisseur donne accès à une quantité importante de contenus protégés doit être effectuée « *au cas par cas* », en tenant compte d'éléments tels que l'audience et le nombre de fichiers téléversés. De cette appréciation au cas par cas, il déduit que le décret auquel il est renvoyé pour définir les éléments à prendre en compte pour évaluer « *la quantité importante* » d'œuvres et objets protégés devra fixer les modalités de combinaison de ces éléments de manière à ce que l'évaluation ne résulte pas de l'application de critères exclusivement quantitatifs. Il recommande que ce décret soit un décret en Conseil d'Etat. Ce texte pourrait renvoyer à un arrêté du ministre de la culture le soin de fixer les volumes considérés.

38. Conformément à la directive qui invite les Etats membres à mettre en place des mécanismes de recours extrajudiciaires en cas de litige entre l'utilisateur et le titulaire de droits sur les suites données, par le fournisseur de service, à la plainte de l'un ou de l'autre, le projet de loi organise une saisine de l'ARCOM aux fins de conciliation. Le Conseil d'Etat estime pertinente la dévolution de cette compétence à cette autorité dans la mesure où cette mission se situe dans le prolongement de celles de l'HADOPI, désormais confiées dans leur totalité par le projet de loi à l'ARCOM. Dans un souci de cohérence, il renvoie, pour fixer la procédure applicable devant l'ARCOM, à l'article L. 331-35 du CPI relatif à l'exercice par l'HADOPI de sa mission de conciliation, qui peut se conclure par une décision susceptible de recours devant la cour d'appel de Paris.

39. Le Conseil d'Etat s'est enfin interrogé sur l'entrée en vigueur du nouveau régime de responsabilité des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne. Il estime, par analogie avec l'article 26 de la directive qui prévoit qu'elle s'applique « à l'égard de l'ensemble des œuvres et autres objets protégés par le droit national en matière de droits d'auteur à la date du 7 juin 2021 », date ultime de transposition de la directive, que les nouvelles obligations à la charge des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne s'appliquent aux œuvres et objets protégés par le droit français déjà stockés par eux à la date d'entrée en vigueur de la loi et de son décret d'application. Il appartiendra au juge éventuellement saisi d'apprécier, au cas par cas, et dans le respect du principe de proportionnalité, si les conditions d'engagement de la responsabilité du fournisseur de services sont réunies au vu des diligences qu'il aura accomplies pour se mettre en conformité avec ses nouvelles obligations. Hormis la précision de l'application au stock qu'il introduit dans les dispositions transitoires, le Conseil d'Etat n'estime par suite pas nécessaire de prévoir des dispositions spécifiques d'entrée en vigueur du nouveau régime de responsabilité des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne.

En ce qui concerne les articles 18 à 22 de la directive relatifs à la juste rémunération des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants dans le cadre de contrats d'exploitation

40. Ces articles, dont le champ d'application n'est pas limité aux services numériques, visent à améliorer le fonctionnement du marché des droits d'auteur et droits voisins, à assurer la bonne information des titulaires de droits et renforcer leur capacité de négociation. Ils posent dans le CPI le principe d'une rémunération appropriée et proportionnelle, le droit de demander une révision du contrat en cas de lésion lorsque celui-ci a fixé une rémunération forfaitaire, ou une rémunération supplémentaire proportionnelle lorsque la rémunération initialement prévue se révèle exagérément faible par rapport aux revenus tirés par le cessionnaire de l'exploitation de l'œuvre cédée. Ils imposent une reddition annuelle et transparente des comptes d'exploitation des œuvres. Ils autorisent la révocation par les titulaires de droits d'auteurs ou droits voisins des contrats de licence ou de transfert de droits en cas de non exploitation de l'œuvre.

41. Le projet de loi ne comporte pas de disposition sur le règlement extrajudiciaire des litiges pour la transposition de l'article 21 de la directive. En effet, le code de procédure civile comporte déjà de telles dispositions, les procédures qu'il prévoit étant accessibles aux auteurs et artistes-interprètes et aux organisations les représentant.

42. La transposition opérée par le projet confère à celles de ses dispositions relatives à l'obligation de transparence et au mécanisme d'adaptation des contrats, conformément à la prévision de la directive, le caractère de dispositions d'ordre public. Le projet de loi précise également le caractère d'ordre public des dispositions relatives au principe de rémunération proportionnelle, déjà reconnu ainsi par la jurisprudence pour les auteurs. Le caractère d'ordre public est affirmé en ce qui concerne le droit d'auteur et le droit des artistes-interprètes. Ces dispositions n'appellent pas d'observation particulière du Conseil d'Etat.

III. ADAPTATION DE LA REGULATION DE LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE (titre II)

43. Ce titre adapte la régulation du secteur de l'audiovisuel et comporte cinq chapitres. Il prévoit dans un chapitre I le transfert des compétences de la HADOPI vers le CSA qui prendra la dénomination d'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique, tout en renforçant et en développant ces compétences pour mieux lutter contre le piratage sur Internet. Le chapitre II organise la composition et le fonctionnement du nouveau régulateur et favorise une meilleure articulation de l'exercice de ses missions avec celles de l'ARCEP. Le chapitre III précise les pouvoirs et les compétences de l'ARCOM. Le chapitre IV est consacré à la régulation des plateformes en ligne et transpose les dispositions de la directive SMA relatives aux plateformes de partage de vidéos en ligne. Le chapitre V traite de la protection de certains publics vulnérables (enfants, personnes handicapées)

Transfert des compétences de l'HADOPI vers l'ARCOM

44. Le chapitre I du titre II adapte le code de la propriété intellectuelle pour tirer les conséquences du transfert à l'ARCOM des trois grandes missions exercées aujourd'hui par l'HADOPI : l'encouragement au développement de l'offre légale et l'observation de l'utilisation licite et illicite d'œuvres et d'objets protégés sur les réseaux de communication électroniques ; la protection des œuvres auxquelles est attaché un droit (dispositif dit de la « réponse graduée ») ; la régulation et l'exercice d'une veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés.

45. Le périmètre des compétences du CSA a d'ores et déjà évolué en raison de l'évolution des techniques et des usages. Le législateur lui a confié la mission de garantir l'exercice de la liberté de communication, non plus seulement dans le champ de l'audiovisuel mais aussi désormais dans celui du numérique (article 12 de la loi n° 2018-1202 sur la manipulation de l'information, proposition de loi sur la lutte contre les contenus haineux en ligne, mission de conciliation dans le cadre des différends entre un utilisateur et un ayant droit d'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne pt 40 du présent avis, régulation des plateformes de vidéo pt 73). Le transfert des compétences de l'HADOPI au CSA a pour effet de créer, sous la nouvelle appellation d'ARCOM, un régulateur global de la protection de la propriété intellectuelle sur tous les contenus, quel que soit leur mode de communication au public. La convergence entre l'audiovisuel et la communication en ligne justifie l'intégration des compétences relatives à la préservation des droits protégés au sein d'un seul régulateur. Le Conseil d'Etat approuve en conséquence le transfert des compétences opéré par le projet et souligne l'intérêt d'une mission de préfiguration de la fusion sans attendre la publication de la loi, dont seraient chargés ensemble les deux régulateurs, comme ils l'ont proposé dans leurs avis.

Les compétences transférées à l'ARCOM et leur mode d'exercice

46. Le projet de loi procède à la refonte des articles L. 331-12 à L. 331-36 du CPI pour attribuer à l'ARCOM les compétences de l'HADOPI. Cet article qui, pour l'essentiel, reproduit les dispositions existantes n'appelle pas de remarques du Conseil d'Etat, sous réserve des observations qui suivent.

47. Le Conseil d'Etat estime préférable, plutôt que de multiplier les références en plusieurs articles aux missions de l'ARCOM en matière de protection des droits de propriété et voisins, en les assortissant de la possibilité d'encourager, favoriser ou recommander des actions, d'énoncer dans un même article les principales missions de l'ARCOM dans le domaine de la propriété intellectuelle relevant de son champ de compétence. Il rassemble à cette fin, dans le dernier alinéa de l'article L. 331-13 du CPI les missions générales de l'ARCOM en la matière.

48. L'allongement de six à douze mois du délai de prescription des constats d'infractions susceptibles d'être portées devant l'ARCOM dans le seul cas où leur signalement émane du procureur de la république et non d'un agent assermenté des organismes pouvant la saisir a paru adéquat, au regard de garanties que donne l'autorité concernée et de la nature de signalements, nécessairement fondés sur des informations recueillies à l'occasion des procédures qu'il conduit, que ses fonctions pourraient le porter à effectuer.

49. Le projet de loi reproduit l'article du code autorisant la création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel portant sur les personnes faisant l'objet d'une procédure d'avertissement et de poursuite. Le Conseil d'Etat relève que ce traitement est désormais régi par le droit de l'Union (RGPD et directive 680, dont il relève en raison de ses finalités), avec lequel il doit se conformer après qu'une analyse d'impact aura permis d'apprécier ses conditions de fonctionnement. Il n'est en revanche pas utile de prévoir la possibilité d'effectuer des analyses statistiques après anonymisation des données dans la mesure où l'article 9 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 le prévoit, alors même que les finalités de ce traitement statistiques ne sont pas les mêmes que les finalités initiales du traitement. Les dispositions en cause ne sont par conséquent pas retenues par le Conseil d'Etat.

Liste des sites manifestation contrefaisants

50. Le projet dote l'ARCOM de la compétence nouvelle d'inscrire sur une liste les sites qui se sont rendus coupables d'une violation grave et répétée des droits protégeant les œuvres. Souvent inatteignables en raison de leur installation destinée à les protéger de toute poursuite, et déplaçant leurs contenus illicites d'un site à un autre, ces opérateurs sont la plupart du temps très peu sensibles aux effets d'une condamnation judiciaire, au demeurant souvent trop lente au regard de leur agilité. Le projet fait le choix d'un mode de régulation qui cherche à atteindre la réputation de l'opérateur visé, dont participent les sanctions imposant la publication de la décision de sanction, ou les avertissements que d'autres autorités ont compétence pour donner (comme l'AMF) ou pratiquent dans leur rapport annuel (comme le médiateur de l'énergie).

51. Le projet du Gouvernement prévoit à cet effet que l'ARCOM rend publique l'inscription sur une liste du nom et des agissements de ceux des services de communication au public en ligne ayant fait l'objet d'une délibération dans le cadre de laquelle il aura été constaté que ces services portent atteinte, de manière grave et répétée, aux droits d'auteur et aux droits voisins. L'instruction, conduite par des agents assermentés sous l'autorité d'un membre du collège, comporte la convocation du service à une séance publique pour le mettre en mesure de faire valoir ses observations et de produire d'éventuelles justifications. Elle peut déboucher sur une délibération décidant de l'inscription sur la liste pour une durée qui ne peut dépasser douze mois, le service pouvant en demander à tout moment le retrait. Pendant la durée de l'inscription sur la liste toute personne en relation commerciale avec le service notamment pour y pratiquer des insertions publicitaires ou lui procurer de moyens de paiement de ses prestations est tenu de rendre publique l'existence de ces relations. Le Conseil d'Etat estime qu'une telle décision, à raison de sa finalité, des conditions de son intervention et de ses effets, constitue une sanction.

Tout en notant qu'un mécanisme plus léger, fondé sur la prévention et non sur l'institution d'une sanction aurait pu être mis en place et assorti d'une procédure contradictoire définie par voie réglementaire, le Conseil d'Etat prend acte du choix du Gouvernement de mettre en place la procédure complète qu'il propose. Il estime que ce mécanisme doit faire l'objet d'une évaluation de son efficacité, et qu'un indicateur pourrait utilement porter sur ce sujet.

Lutte contre les sites miroirs

52. Le projet tente de remédier aux situations dans lesquelles un site méconnaissant les droits d'auteur et voisins, avant même d'être condamné à cesser ses agissements par une décision judiciaire prise sur le fondement de l'article L. 336-2 du CPI, est dupliqué, sous un nom très proche mais formellement distinct du précédent, ce qui prive de tout effet pratique la condamnation initiale.

53. Il prévoit que lorsqu'un site aura été condamné à retirer un contenu méconnaissant les droits protégés, l'ARCOM, saisie par un titulaire de droits, pourra demander aux opérateurs compétents de bloquer l'accès ou de faire cesser le référencement des adresses électroniques donnant accès aux contenus. En cas de refus de procéder au blocage ou au déréférencement, le juge pourra être à nouveau saisi par les ayants droits. Ce mécanisme est analogue à celui dont le Conseil d'Etat avait admis la conformité aux exigences du droit constitutionnel et du droit de l'Union, lors de l'examen de la proposition de loi sur les contenus haineux sur internet.

54. Pour lui assurer une meilleure efficacité, le Conseil d'Etat complète le mécanisme en prévoyant que l'ARCOM peut adopter des modèles d'accords types sur la base desquels les ayants droits et les fournisseurs d'accès peuvent contractuellement organiser leur coopération et les modalités d'échanges d'informations et de veille afin de faciliter l'exécution de la décision de justice.

Lutte contre la retransmission illicite des manifestations sportives

55. Le projet de loi comprend des dispositions dont l'objectif est de remédier à la relative inefficacité de la lutte judiciaire contre le piratage de la diffusion des compétitions sportives, phénomène qui peut prendre la forme de la revente illégale de services de médias audiovisuels ou d'une offre d'accès en temps réel ou à peine différé à des événements sportifs, en reprenant illicitement leurs contenus diffusés par des opérateurs qui en ont acquis les droits, inefficacité relevée par le Conseil d'Etat dans son étude annuelle 2019 consacrée à la politique publique du sport. Ces actions se prêtent en effet mal à une action judiciaire, au surplus toujours tardive dans le deuxième cas.

56. Il est proposé de mettre en place un mécanisme original, qui permet aux personnes intéressées - les détenteurs des droits sur la manifestations, clubs et fédérations, et les opérateurs qui ont acquis le droit de les diffuser - de saisir le juge, en référé ou au fond, pour qu'il ordonne, à l'encontre des services de communication au public en ligne dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux serait la diffusion sans autorisation de compétitions ou manifestations sportives, toute mesure, telle que le blocage, le déréférencement ou l'interdiction d'accès depuis la France de ces services lors du déroulement ou de la diffusion des compétitions, pendant une durée de deux mois. Si la pratique persiste, le juge saisi à nouveau peut alors adopter un calendrier prévisionnel d'interdiction et de déréférencement sur une durée de neuf mois.

Le Conseil d'Etat approuve ces mesures qu'il considère proportionnées au but recherché. Il suggère d'y ajouter des dispositions analogues à celles proposées pour les sites miroirs, prévoyant des accords modèles proposés par l'ARCOM destinés à organiser la collaboration entre ayants droit et fournisseurs d'accès en vue de faciliter l'exécution de la décision de justice lorsque celle-ci a été obtenue par les détenteurs de droits.

Le secret des choix des personnes sur les programmes

57. Le projet de loi abroge l'article 3 de la loi du 30 septembre 1986 aux termes duquel « *Le secret des choix faits par les personnes parmi les services de communications électroniques et parmi les programmes offerts par ceux-ci ne peut être levé sans leur accord* » au motif que ces dispositions ont été rendues inutiles par la mise en conformité de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et les libertés avec le règlement général sur la protection des données (RGPD). Si en effet le RGPD fait du consentement au traitement de données personnelles un principe essentiel, ce consentement n'a pas la même portée ni le même objet que le consentement à la levée du secret, qui peut concerner des choix qui ne font l'objet d'aucun traitement relevant du RGPD. Le Conseil d'Etat maintient par conséquent cette disposition dans la loi de 1986.

Organisation de la régulation

58. Ce chapitre précise la composition de l'ARCOM pour l'adapter à ses nouvelles missions et traite de ses relations avec l'ARCEP.

La convergence entre l'audiovisuel classique et les nouveaux usages de communication au public en ligne, l'intégration verticale des acteurs et l'absence d'une frontière incontestable entre le périmètre de la régulation audiovisuelle et celui des communications ont pu légitimement poser la question de la fusion des deux régulateurs. Celle-ci aurait permis une gestion unifiée du spectre, une gamme plus étendue de pouvoirs à l'égard des acteurs du numérique et la possibilité de porter une vision française globale des enjeux de la régulation de l'accès aux réseaux et du contenu transporté par ceux-ci dans les enceintes européennes et internationales. Comme l'indique l'étude d'impact, elle a été écartée pour maintenir une distinction nette entre régulation des réseaux et régulation des contenus, les finalités de ces deux ordres de régulation demeurant différentes (pluralisme, défense de la création, protection des libertés publiques pour la régulation des contenus, neutralité du net, loyauté et libre concurrence pour la régulation de l'accès,) et fondées sur des corpus juridiques différents (loi du 30 septembre 1986 et directive SMA d'un côté, CPCE et « paquet Télécom » de l'autre). Toutefois des enjeux communs existent et « l'inter-régulation » est sans doute appelée à prendre de plus en plus de place. En Europe, certains pays ont fait le choix d'autorités uniques (Royaume Uni, Italie...), d'autres conservent, comme la France, des autorités séparées, et aucun modèle ne s'impose.

La solution retenue par le projet est donc celle de la recherche d'un plus grand rapprochement entre les deux régulateurs par deux voies : la désignation par chaque autorité d'un de leurs membres pour siéger au collège de l'autre, la mise en place d'une instance commune de règlement des différends. Le Conseil d'État prend acte du choix ainsi fait qui relève de l'opportunité politique.

La composition de l'ARCOM

La composition de l'ARCOM s'inspire de règles communes à la plupart des autorités de régulation tout en tenant compte de spécificités qui lui sont propres. Outre son président nommé par le Président de la République, elle comprend un membre choisi par le Président de la République parmi les trois noms proposés par le vice-président du Conseil d'État, le premier président de la Cour de cassation et le premier président de la Cour des comptes, compétent pour exercer les missions antérieurement dévolues à la commission de protection des droits de la HADOPI, deux membres nommés par le président du Sénat, et deux par le président de l'Assemblée nationale en raison de leurs compétences en matière économique, juridique ou technique ou de leur expérience professionnelle dans le domaine de la communication. Le septième membre du collège est désigné par l'ARCEP parmi ceux de ses membres composant sa formation de règlement des différends. Le mandat des membres est de six ans et n'est pas renouvelable. A l'exception du membre désigné par l'ARCEP, le collège est renouvelé par moitié tous les trois ans.

Cette composition, proche de celle du CSA mais faisant appel à de nouvelles modalités de désignation, est de nature à garantir l'indépendance de l'autorité et n'appelle pas d'observation particulière du Conseil d'Etat.

59. S'agissant de la présence de « membres croisés » entre l'ARCOM et l'ARCEP, il observe que d'autres régulateurs accueillent dans leur collège un membre ou un représentant d'une autre autorité (AMF, ACPR et Autorité des normes comptables, CNIL et CADA...). Ces participations croisées peuvent contribuer à une meilleure coordination des travaux et des ordres du jour des deux autorités, à la mise en commun de réflexions sur l'éventuelle évolution de leur cadre d'intervention et la prévention d'éventuelles divergences entre les régulateurs. Dans le même objectif, le Conseil d'État ajoute le principe, reproduit de celui de l'article 14 de la loi informatique et liberté, d'une réunion commune des deux collèges lorsqu'un sujet d'intérêt commun le justifie. Il estime cependant nécessaire d'inscrire dans la loi, pour chacun de ces membres, des obligations particulières de discrétion, de respect de la confidentialité des délibérations et de préservation des secrets protégés par la loi dans l'exercice des missions de règlement de différend ou de sanction propres à chaque autorité.

60. Le transfert de la compétence de la commission de la protection des droits de l'HADOPI, aujourd'hui composée de trois membres et chargée de la mission de « réponse graduée », à un seul membre du collège de l'ARCOM, nommé par le Président de la République sur une liste de trois noms proposés 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, ne soulève pas d'objection de nature constitutionnelle.

Instance commune de règlement des différends

61. Le projet prévoit la création d'une instance commune de règlement de différends, composée de quatre membres nommés à parité par l'ARCEP et l'ARCOM. Cette instance est chargée d'examiner les demandes de règlement transmises par l'ARCEP ou l'ARCOM, en raison de la mise en cause des principes relevant du champ de compétence de l'autre autorité. En l'état, le projet repose sur le constat d'un besoin qui peut être discuté : les procédures de règlement (article L. 36-8 du CPCE et article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986) sont très peu utilisées par les opérateurs (une décision en moyenne par an, de une à quatre par an, au cours des cinq dernières années, respectivement pour le CSA et pour l'ARCEP ; une depuis leur création pour l'autorité de régulation de la presse et la HADOPI). L'obligation pour chacune des autorités de demander l'avis de l'autre lorsqu'elle est saisie d'une demande de règlement de différends susceptible de mettre en cause des principes dont l'autre a la charge est d'ores et déjà prévue par les dispositions les régissant.

Le Conseil d'État ne retient pas ces dispositions qui ne lui paraissent en l'état ni nécessaires ni proportionnées à l'enjeu. Les cas qui pourraient les justifier sont isolés. La création d'une instance risque d'être source de complexités alors que le droit en vigueur, auquel il faut donner sa pleine effectivité, n'a jusqu'à présent pas semblé insuffisant.

Les modalités d'entrée en vigueur de la réforme

62. Les dispositions finales du projet prévoient que le collège sera progressivement mis en conformité avec sa nouvelle composition au fur et à mesure de l'expiration des mandats en cours des membres du CSA : à l'expiration du mandat des deux personnalités nommées le 26 janvier 2015 respectivement par le président du Sénat et le président de l'Assemblée nationale seront désignés le membre du collège destiné à exercer la mission de protection des droits et celui nommé par l'ARCEP. Afin de permettre le renouvellement par moitié tous les trois ans des membres autres que celui issu de l'ARCEP, le mandat du membre exerçant la mission de protection des droits sera de sept ans et celui des deux membres à nommer par les présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale en 2023 ramené à cinq ans. Ainsi la moitié des membres (hors le membre de l'ARCEP) seront renouvelés tous les trois ans. Ce dispositif, qui préserve les mandats en cours de l'autorité de régulation, sont conformes aux exigences constitutionnelles comme européennes, la directive SMA interdisant de mettre fin aux mandats en cours du président et des membres de l'autorité indépendante intervenant dans le secteur de l'audiovisuel.

63. Le CSA, dans sa composition à l'entrée en vigueur de la loi, prendra le nom d'ARCOM et exercera toutes ses nouvelles compétences sauf s'il en est décidé autrement par des dispositions particulières de la loi, ce qui est le cas pour les compétences antérieurement exercées par l'HADOPI.

En effet, l'évolution du collège n'intervenant qu'en janvier 2021, date à laquelle sera nommée la personnalité destinée à exercer la mission de protection des droits, le projet retarde à cette date la dissolution de l'HADOPI, la transmission de son patrimoine, la reprise des procédures en cours par l'ARCOM et l'exercice par celle-ci de ses nouvelles compétences dans le domaine de la lutte contre le piratage sur Internet. Ce délai justifie la prolongation jusqu'à cette date des mandats en cours des membres du collège et de la commission de protection des droits de l'HADOPI qui seraient venus à échéance en janvier et juillet 2020, opérée par le projet de loi adopté par le conseil des ministres le 13 novembre 2019. Dans l'hypothèse où les délais d'adoption du projet ne permettraient de la faire coïncider avec celui prévu pour la mise en œuvre de la nouvelle composition, il y aurait lieu d'amender ces dispositions, et de prolonger les mandats en cours ainsi que la date d'effet du transfert des compétences de l'HADOPI.

Pôle d'expertise numérique

64. Cet article crée sous la forme d'un service à compétence nationale un pôle commun d'expertise numérique au profit de l'ensemble des autorités et administrations qui mettent en œuvre la régulation numérique. Ce service pourra être rendu destinataire de données par les autorités administratives et publiques indépendantes au fins d'expertise et d'appui selon les modalités et pour les finalités qu'elles fixeront par convention. L'intervention de la loi est justifiée dans la mesure où ce service pourrait être impliqué dans l'exercice de missions pour lesquelles l'indépendance de l'autorité qui aura recours à son expertise doit être garantie. Pour préciser la liste des autorités susceptibles de recourir à ce service, le Conseil d'Etat précise qu'un décret Conseil d'Etat fixe la liste des autorités qui peuvent recourir à ce service.

Le projet ne retient ainsi pas la solution d'un pôle commun aux régulateurs, à l'instar du pôle commun à l'ACPR et à l'AMF sur le contrôle des pratiques commerciales dans le secteur financier institué par les articles L. 612-47 à 50 du code monétaire et financier. Dans son avis le CSA souligne « *qu'il ne saurait s'agir par ce biais, ni de transférer la mise en œuvre de prérogatives qui lui incombe d'assumer à part entière, ni le priver de ressources en moyens humains et matériels qui lui sont nécessaires pour exercer pleinement sa mission* », observations que le Conseil d'Etat fait siennes, en rappelant que ce sont les directives régissant le secteur qui imposent aux Etats membres de doter les autorités nationales de régulation de moyens humains suffisants (4 de l'article 30 de la directive 2010/13).

Pouvoirs et compétences de l'ARCOM

Mission générale de l'ARCOM et procédure de conciliation

65. L'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 définit la mission générale du CSA comme celle de garantir « *l'exercice de la liberté de la communication audiovisuelle par tout procédé de communication électronique* ». L'extension du champ des compétences de l'autorité de régulation audiovisuelle dans le domaine du numérique par le présent projet de loi appelle une adaptation de cet article. Le Conseil d'Etat approuve la substitution des termes « *communication au public par voie électronique* » aux termes « *communication audiovisuelle par tout procédé de communication électronique* » qui accorde le champ de compétences de l'ARCOM à ses nouvelles missions et assure une mise en cohérence avec l'article 2 de la loi de la loi du 30 septembre 1986 (cf point 4 de l'avis pour la définition donnée à cet article).

66. Au même article le projet élargit la mission de conciliation de l'ARCOM aux éditeurs de services, distributeurs, opérateurs de réseaux satellitaires, opérateurs de plateformes en ligne, prestataires techniques, auteurs, producteurs, distributeurs de programmes audiovisuels ou organismes professionnels qui les représentent. Le Conseil d'Etat complète ces dispositions, à l'instar de celles en vigueur à l'article L. 5-7 du code des postes et communications électroniques applicables à la compétence de conciliation entre acteurs du marché postal de l'ARCEP, de la mention de l'impossibilité d'opérer une conciliation en cas de litige à l'occasion duquel a été ouvert un règlement de différend ou une procédure de sanction.

Pouvoirs d'enquête de l'ARCOM

67. Le projet élargit les pouvoirs d'enquête dont dispose aujourd'hui le CSA. Au regard des enjeux de la mission de l'ARCOM, de la puissance et des capacités des entreprises régulées, le Conseil d'État approuve cette orientation, dont il avait déjà souligné la nécessité dans son avis sur la proposition de loi relative à la lutte contre les propos haineux sur internet. Toutes les autorités de régulation sectorielle disposent de pouvoirs significatifs d'enquête, plus élaborés et plus intrusifs que ceux actuellement dévolus au CSA. Le Conseil d'État constate que le choix d'aligner les pouvoirs d'enquête de l'ARCOM sur ceux des autres autorités n'a pas été retenu. Le projet de loi adapte, conformément aux demandes du CSA, les pouvoirs d'enquête sur trois points : l'extension du champ des personnes auxquelles l'autorité peut demander des informations aux sociétés assurant la diffusion de services de communication audiovisuelle et aux plateformes de partage de vidéos, la reconnaissance d'un pouvoir d'enquête menée par des agents spécialement habilités à cette fin, sur le modèle des enquêtes de l'ARCEP et la mise en place entre l'ARCOM et le Centre National du cinéma et de l'image animée d'un mécanisme d'informations portant sur le chiffre d'affaires des éditeurs de services. Comme le CSA le suggérait dans son avis, le Conseil d'État précise et complète ces dispositions pour élargir le champ du droit d'accès à des informations à l'ensemble des missions du CSA, énonce expressément l'inopposabilité du secret des affaires et prévoit, comme pour les enquêtes en matière de protection de la propriété intellectuelle, la possibilité pour les agents du CSA d'agir sous pseudonyme dans ses autres domaines de recherche d'infractions.

Régulation des plateformes en ligne relevant de la compétence de l'ARCOM

68. Un nouveau titre IV intitulé « Dispositions applicables aux plateformes en ligne » est créé. Il regroupe les dispositions qui confient à l'ARCOM des compétences pour réguler certaines plateformes en ligne, que ces dispositions soient issues d'initiatives du législateur national (article 17-2 de la loi du 30 septembre 1986 résultant de la loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information et à venir dispositions issues de la proposition de loi relative à la lutte contre la haine sur Internet) ou de la transposition, opérée par le projet de loi, des dispositions de la directive (UE) 2018/1808 relatives aux services de plateformes de vidéos.

69. L'article 28 ter de la directive a en effet étendu la régulation audiovisuelle à ces services, définis comme ceux « ...pour lequel l'objet principal ou d'une partie dissociable du service ou une fonctionnalité essentielle du service est la fourniture au grand public de programmes de vidéos créées par l'utilisateur, ou des deux, qui ne relèvent pas de la responsabilité éditoriale du fournisseur de la plateforme, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer... ». Ces services doivent, dans leur pays d'établissement, être soumis à des règles destinées à protéger spécifiquement les mineurs de vidéos et de communications commerciales susceptibles d'altérer leur développement physique, mental ou moral et le public en général des contenus de même nature contenant une incitation à la violence ou à la haine ou dont la diffusion constitue une infraction pénale en droit de l'Union. Les Etats membres doivent par ailleurs veiller à ce que ces fournisseurs informent clairement de l'existence de ces vidéos et ces communications commerciales lorsqu'ils en ont connaissance ou lorsqu'elles ont été signalées par les utilisateurs. Pour la mise en œuvre de ces mesures, la directive privilégie l'auto-régulation ou la co-régulation et encourage l'adoption de codes de bonne conduite sous l'égide des régulateurs nationaux.

Le projet de loi transpose ces dispositions en introduisant à l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986 la définition des plateformes de partage de vidéos reprise de la directive. Il énonce les obligations auxquelles sont tenues ces plateformes sous la surveillance de l'ARCOM. Usant d'une marge de manœuvre autorisée par la directive, le projet de loi renvoie à l'ARCOM le soin de préciser les modalités de mise en œuvre de ces obligations. Le champ des procédures de règlement des différends pouvant être soumis à l'ARCOM est étendu à ceux susceptibles de survenir entre une plateforme de partage de vidéos et un utilisateur.

70. Cette transposition n'appelle par elle-même pas de remarque particulière. Le Conseil d'Etat relève cependant que le nouveau titre IV va faire coexister en son sein des modes de régulation différents, chacun poursuivant une finalité propre, qui s'appliquent à des catégories de plateformes susceptibles de s'imbriquer entre elles et dont les règles d'application territoriale sont diverses. Ainsi la régulation en matière de fausses informations vise les plateformes en ligne au sens de l'article L. 163-1 du code électoral quel que soit leur lieu d'établissement, qui fournissent des contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général et dont le nombre de connexions en France dépasse cinq millions et vise à défendre le fonctionnement démocratique. La régulation des services de partage de vidéo en ligne, auxquels il n'est pas exclu que les dispositions relatives à la lutte contre les fausses informations s'appliquent, vise les plateformes établies en France afin d'assurer une protection du public contre des contenus contraires à l'ordre public. La proposition de loi sur la lutte contre la haine sur Internet vise les plateformes qui ciblent la France, parmi lesquelles les plateformes de partage de vidéo, également régulées par le présent projet de loi en ce qui concerne l'incitation à la violence. Enfin, les fournisseurs de contenus de partage en ligne relevant de la directive droits d'auteur, qui comprennent des services de partage de vidéos, sont, comme indiqué au point 39, responsables des actes de communication au public faits en France quel que soit leur lieu d'établissement.

71. Ces dispositions peuvent donner le sentiment d'une certaine confusion dans la définition des acteurs visés et des obligations qui leur sont imposées. Il n'est cependant pas inusuel qu'une même activité fasse l'objet de définitions et de règles différentes selon la manière dont le législateur européen ou national, envisage les objectifs du régime qu'il définit.

Les difficultés que ces différences de régime peuvent susciter appellent selon le Conseil d'Etat deux types de clarification, qui relèvent d'abord du niveau européen :

- d'une part, la définition du régime de droit commun, celui résultant de la directive e-commerce, date d'une époque déjà ancienne au regard des techniques, et à laquelle l'Union était encore d'avantage l'opérateur de la création d'un marché unique que l'acteur global défini par les traités, qui ont élargi considérablement les objectifs collectifs des Etats membres, notamment consacrés dans la Charte des droits fondamentaux. Ce régime appelle une rénovation ;

- d'autre part, les critères de compétence territoriale apparaissent inadaptés aux évolutions techniques. D'autres secteurs ont connu pareils bouleversements et le législateur de l'Union a su trouver des règles et des structures nouvelles pour faire face aux risques d'impuissance face à un marché européen dominé par des acteurs extra européens. Le RGPD a ainsi été salué comme stabilisant des règles de compétence claires (droit du pays de réalisation du traitement), innovantes (mécanisme coopératif de régulation avec Etat leader et Etats suiveurs intéressés) et efficaces (mécanisme d'arbitrage à majorité qualifiée décroissante en cas de conflit). La régulation des plateformes de contenus en ligne pourrait utilement s'inspirer de ce modèle.

Protection de certains publics

72. Ce chapitre transpose des dispositions de la directive UE 2018/1808 relatives à la protection des mineurs en matière d'exposition à la publicité alimentaire, la prohibition du traitement des données personnelles des mineurs à des fins commerciales, la prohibition de l'incitation à la haine et à la provocation publique à commettre une infraction terroriste, l'accessibilité des programmes audiovisuels aux personnes souffrant d'un handicap auditif ou visuel et des obligations de transparence faites aux éditeurs de service sur leur identité et leur contrôle. Ces dispositions n'appellent pas d'observations particulières.

Les autres dispositions du titre II du projet de loi

73. Le chapitre comporte d'autres dispositions qui n'appellent pas d'observation du Conseil d'Etat et qui ont pour objet :

- de définir les compétences de l'ARCOM en matière internationale ;
- de faire passer de deux à quatre mois le délai dans lequel l'ARCOM se prononce sur un règlement de différends et de lui attribuer le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires lorsque le différend est susceptible de porter une atteinte grave et immédiate à l'un des principes de l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 ;
- de décider, sous réserve des secrets protégés par la loi, de publier la sanction qu'elle a prononcée soit au JORF, soit sur un service de communication au public par voie électronique édité par ses soins, soit les deux en déterminant dans sa décision les modalités de cette publication qui sont proportionnées au manquement ;
- de transposer l'article 7 ter introduit dans la directive de 2010 en 2018 qui pose le principe d'interdiction de modification du signal d'un fournisseur de service de média audiovisuel par un distributeur de services sans son accord, sauf exceptions prenant en compte ses intérêts et ceux de l'utilisateur ;
- de transposer les dispositions de la directive UE 2018/1808 modifiant la directive 2010/13 afin d'obliger les éditeurs de service à informer l'ARCOM de toute modification susceptible d'affecter la compétence de la France à leur égard, de faire obligation à l'ARCOM d'établir et de tenir à jour une liste des éditeurs de services de télévision et de médias audiovisuels à la demande relevant de la compétence de la France communiquée, par l'intermédiaire du Gouvernement, à la Commission européenne ;

- de donner à l'ARCOM la possibilité de solliciter, à la suite de l'étude d'impact précédant la modification de la convention d'un service national de télévision ou de radio autorisé susceptible de modifier de façon importante le service en cause, l'avis du demandeur ou de tiers ;

- de reconduire en les adaptant aux modifications introduites par la directive 2018/1808 les dispositions définissant les modalités et la procédure de suspension par l'ARCOM de la retransmission d'un service de télévision ou de médias audiovisuels relevant d'un autre Etat membre de l'UE pour partie à l'accord sur l'EEE ;

- d'instituer la caducité des mises en demeure si elles n'ont pas fait l'objet d'un début de procédure de sanction dans un délai de cinq ans suivant leur prononcé et prévoir la possibilité de rapporteurs adjoints au rapporteur désigné selon les modalités prévues à l'article 42-7 de la loi du 30 septembre 1986 ;

- d'introduire à l'article L. 163 du livre des procédures fiscales une disposition prévoyant que l'ARCOM peut recevoir de l'administration des impôts tous les renseignements relatifs au chiffre d'affaires des éditeurs des services de médias audiovisuels pour s'assurer de leur contribution au développement de la production audiovisuelle et cinématographique.

IV. REORGANISATION DE L'AUDIOVISUEL PUBLIC (titre III)

74. Par un article unique, le projet de loi réécrit intégralement le titre III de la loi du 30 septembre 1986 relatif au « *secteur audiovisuel public de la communication audiovisuelle* ». Ce titre comporte quatre chapitres consacrés respectivement aux missions de service public dont les sociétés du secteur audiovisuel public ont la charge, au périmètre du secteur audiovisuel public et à sa gouvernance, aux obligations particulières applicables à tout ou partie des organismes du secteur audiovisuel public et à celles qui sont propres à France Télévisions, enfin aux pouvoirs de sanctions administratives conférés dans ce domaine à l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique.

Présentation générale de la réforme

75. Le projet de loi actualise et précise les missions des sociétés du secteur de l'audiovisuel public.

Il en confie l'exercice au groupe « France Médias », composé d'une société mère, ainsi dénommée, et de quatre filiales, les trois sociétés nationales de programme et l'INA transformé d'établissement public en société anonyme. Il dote ce groupe d'une présidence commune à l'ensemble des entités qui le composent. France Médias a pour mission de définir les orientations stratégiques du groupe, de veiller à la complémentarité et la cohérence des offres de programmes proposées, de conduire des actions de développement et répartir entre les composantes du groupe les ressources publiques qui lui sont affectées. Le projet organise la gouvernance de cette nouvelle « structure faitière », fixe la composition de son conseil d'administration ainsi que les modalités de désignation de son président-directeur général, nommé non plus par l'autorité de régulation comme c'est la règle aujourd'hui pour chacune des sociétés de programme, mais par décret du Président de la République.

76. Le projet de loi définit la mission spécifique de chaque société nationale de programme, dirigée par un directeur général nommé sur proposition du président de France Médias, qui a la qualité de directeur de la publication. Il modifie la composition de leurs conseils d'administration, présidés par le président de France Médias. Les relations entre le groupe et l'Etat sont organisées au travers d'un contrat stratégique pluriannuel signé par France Médias. Demeurent en dehors du groupe « TV5 Monde », les deux chaînes parlementaires et la chaîne culturelle franco-allemande ARTE. S'agissant en particulier d'ARTE qui devient une filiale de deuxième rang de France Médias alors que son capital est aujourd'hui réparti entre plusieurs entités publiques, si le projet de loi ne modifie ni sa gouvernance, ni ses missions, ni les conditions de sa régulation, ni son financement, le Conseil d'Etat estime cependant nécessaire de réaffirmer dans le projet de loi le principe du respect des garanties statutaires résultant du traité du 2 octobre 1990 instituant une chaîne culturelle européenne. Le projet comporte enfin les mesures transitoires nécessaires à la mise en place de la nouvelle architecture institutionnelle de l'audiovisuel public.

Définition des missions de service public

77. Le Conseil d'Etat rappelle que la liberté de communication proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est une liberté constitutionnelle particulièrement protégée, d'autant plus précieuse selon le Conseil constitutionnel que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Elle ne protège pas seulement les éditeurs de programmes mais également les auditeurs et téléspectateurs. Ainsi le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuels doit pouvoir disposer, *« aussi bien dans le cadre du secteur privé que dans celui du secteur public, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractère différent dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information »* (Conseil constitutionnel, n°86-217 DC du 18 septembre 1986, cons. 11).

78. Le Conseil d'Etat salue l'effort de réécriture et d'actualisation des dispositions de la loi du 30 septembre 1986 relatives à la définition des missions de service public des sociétés de l'audiovisuel public, *« chargées de mettre à la disposition de tous un ensemble de programmes diversifiés dans les domaines de l'information, de la culture, de la connaissance, du divertissement et du sport, en tenant compte de l'évolution des technologies et des usages »*. Sans y voir d'obstacle de principe, il relève que le souci de couvrir l'ensemble des champs de compétences des trois sociétés de programme conduit à une liste très détaillée de l'ensemble de leurs missions sans pour autant que celles-ci aient vocation à être exhaustives et à s'appliquer à chacune d'entre elles. Il réorganise l'article pour placer en tête les développements relatifs à la mission d'information et ses garanties d'indépendance, mission prioritaire au vu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et lui apporte des modifications rédactionnelles destinées à éviter des redondances.

La société et le groupe France Médias

79. La création du groupe France Médias a pour objectif de remédier, ainsi que l'expose l'étude d'impact, à la nécessité, à l'heure de la convergence numérique et de la globalisation, au handicap que constitue l'« éclatement » des sociétés de l'audiovisuel public. La réforme est destinée à constituer un « média global » susceptible d'atteindre une taille critique de nature à en faire un acteur mondial à partir d'une vision stratégique portée et partagée par l'ensemble des opérateurs qui le constituent. L'objectif est également de favoriser des projets de développement et d'investissements communs que les sociétés de programme prises isolément ne seraient pas susceptibles de concevoir et porter.

80. L'étude d'impact expose les raisons pour lesquelles le Gouvernement a fait le choix, pour atteindre ces objectifs, de conserver à chaque société de programme son autonomie fonctionnelle et sa responsabilité éditoriale dans le cadre d'un groupe intégré sur le plan capitalistique et institutionnel et a écarté deux autres schémas possibles, la fusion des sociétés de programmes en une société unique à l'instar de l'ex ORTF ou de la BBC, ou la recherche d'une coopération renforcée entre les sociétés de programme sans réforme structurelle. Le Conseil d'Etat prend acte du choix, tel qu'exprimé dans l'étude d'impact, de faire de la société France Médias une structure à vocation stratégique, d'impulsion et de conduite de projets communs de développement, qui ne se substitue pas aux sociétés éditrices lesquelles conservent leurs responsabilités éditoriales, le choix de leur programmation et leurs directions opérationnelles. Il relève toutefois que France Médias ayant parmi ses missions celle de veiller à la cohérence et à la complémentarité des offres de programmes des filiales, elle sera nécessairement conduite à coordonner la politique éditoriale de celles-ci. Il estime par ailleurs que la rédaction de l'article relatif aux missions de la holding ne reflète pas le schéma d'équilibre tel qu'il est décrit dans l'étude d'impact. A cet égard il considère que les termes « gérer les affaires communes » des filiales est une expression ambiguë, trop large et évocatrice de la création éventuelle de fonctions « support », que l'étude d'impact n'envisage pas. Dans la version qu'il adopte, il supprime en conséquence ces termes auxquels il substitue ceux de « conduite d'actions communes » et de « définition de projets de développement » qui lui paraissent mieux traduire les intentions des auteurs du texte. Il rajoute à l'article définissant les missions de France médias celle de la répartition des ressources publiques entre les composantes du groupe qui constituera son levier essentiel d'orientation des activités du groupe et qui lui confère une responsabilité financière d'ensemble. Il estime que ce mécanisme de répartition, qui exige que la société mère justifie annuellement des raisons pour lesquelles elle s'écarterait le cas échéant des prévisions d'affectation de ressources en sa faveur, constitue une précaution nécessaire pour veiller à ce que France Médias conserve sa vocation stratégique, d'impulsion et de coordination.

Nouvelle gouvernance de l'audiovisuel public

Composition du conseil d'administration de la société France Médias

81. Le conseil d'administration de la société France Médias comprend, outre le président, onze membres, dont la désignation doit être faite dans le respect du principe de parité : un représentant de l'Etat, deux administrateurs nommés sur proposition de l'Etat, deux personnalités indépendantes nommées par décret sur avis conforme de l'ARCOM, deux personnalités indépendantes nommées par les commissions parlementaires chargées des affaires culturelles et des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat à la majorité des trois cinquièmes, deux personnalités indépendantes nommées par le conseil d'administration de la société France Médias sur avis conforme de l'ARCOM, et deux représentants des salariés. A ces onze membres s'ajoute le président, nommé par le Président de la République, après avis conforme de l'ARCOM.

82. Le Conseil d'Etat constate en premier lieu que le conseil d'administration de la société comptera six personnalités indépendantes, trois représentants de l'Etat nommés par lui ou sur sa proposition et deux représentants des salariés. Le Conseil d'Etat observe en deuxième lieu que l'ARCOM participe directement ou indirectement à la désignation de cinq membres du Conseil dont le président. Au total 7 des 12 des membres du conseil d'administration présentent ainsi au regard de leur mode de nomination des garanties d'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif.

Nomination du président-directeur général de France Médias

83. Le président-directeur général de la société France Médias est nommé pour cinq ans sur proposition du conseil d'administration par décret du Président de la République, après avis conforme de l'ARCOM et avis des commissions parlementaires compétentes à la majorité des trois cinquièmes. En conséquence de la nomination par le Président de la République, le Conseil d'Etat est également saisi d'un projet de loi organique qui complète le tableau annexé à la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution.

84. Le Conseil d'Etat rappelle que, dans sa décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de la désignation des présidents des sociétés nationales de programme par décret du Président de la République, après avis conforme du Conseil supérieur de l'audiovisuel, en relevant qu'aucune nomination ne pouvait être prononcée par le Président de la République sans l'accord de cette autorité administrative indépendante. Le projet reprend cette garantie élevée, y ajoute celle tenant au pouvoir de proposition par le conseil d'administration et rétablit celle tenant à l'avis des commissions parlementaires. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat estime que la désignation du président-directeur général de la société France Médias par le Président de la République ne prive pas de garanties légales les exigences constitutionnelles relatives à l'indépendance du secteur public de l'audiovisuel. Les conditions de retrait de son mandat, dans les mêmes formes exception faite de l'avis des commissions parlementaires, ne se heurtent à aucun principe constitutionnel.

Composition des conseils d'administration des sociétés nationales de programme

85. Le projet prévoit que les conseils d'administration de France Télévision, Radio France et France Médias Monde comprennent chacun, outre le président-directeur général de France médias qui les préside, neuf membres, désignés dans le respect du principe de parité : un représentant de l'Etat, un administrateur nommé sur proposition de l'Etat, deux personnalités indépendantes désignées par le conseil d'administration de la société France Médias dont une parmi les personnalités indépendantes siégeant au conseil d'administration de cette dernière, deux personnalités indépendantes désignées par les commissions parlementaires compétentes statuant à bulletin secret à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, deux représentants des salariés et le directeur général de la société. Le Conseil d'Etat observe que ces conseils, dont la composition est désormais uniforme, sont numériquement moins importants que les conseils d'administration actuels (10 contre 12 à Radio France et France Médias et 14 à France Télévisions). Il estime que la gouvernance ainsi resserrée des filiales de France Médias est susceptible d'assurer à la fois l'indépendance de chaque société et la prise en compte des enjeux qui leur sont propres comme la logique de l'appartenance à un groupe, représenté dans la gouvernance des filiales par deux membres et le président de France Médias.

Désignation des directeurs généraux des sociétés nationales de programmes.

86. Les directeurs généraux de France Télévisions, Radio France, France Médias Monde sont désignés pour cinq ans par le conseil d'administration de chaque société sur proposition du président-directeur général de France Médias à la majorité des membres qui composent le conseil de la société et, à l'exception du directeur général de l'INA, après avis conforme de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique. Les directeurs généraux sont révoqués dans les mêmes formes par décision motivée. Le projet prévoit que le conseil d'administration, au plus tard quatre mois avant l'échéance du mandat d'un directeur général, lorsqu'il n'a pas l'intention de reconduire le directeur général en place, rend publique cette décision. Cette procédure qui a pour objet soit d'ouvrir une procédure de nomination d'un successeur, soit de confirmer le directeur en place sous réserve de l'avis conforme de l'ARCOM, n'appelle pas d'observation particulière du Conseil d'Etat.

Conventions stratégiques pluriannuelles et financement de l'audiovisuel public

87. Le projet de loi substitue aux actuels contrats d'objectifs et de moyens signés entre l'Etat d'une part et les sociétés nationales de programme France Télévisions, Radio France, France médias monde, l'INA, TV5 monde et Arte France d'autre part, des conventions stratégiques pluriannuelles signées entre l'Etat et respectivement les sociétés France Médias et ARTE, chacune pour ce qui la concerne. Ces conventions, conclues pour une durée de cinq ans au plus, ont vocation à tracer une trajectoire pluriannuelle des ressources de ces sociétés en rapport avec leur stratégie de développement et les objectifs qui leur sont assignés.

88. Le Conseil d'Etat rappelle que la liberté de communication implique que soient garanties les ressources nécessaires à l'exercice des missions de service public comme l'ont rappelé le Conseil d'Etat statuant au contentieux (11 février 2010, n° 324233/324407) et le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 3 mars 2009 n° 2009-577 (cons. 18) jugeant, lorsque le législateur a tari les ressources publicitaires, que « *l'interdiction de la commercialisation des espaces publicitaires dans les programmes qui a pour effet de priver cette société d'une part significative de ses ressources, doit être regardée comme affectant la garantie de ses ressources, qui constitue un élément de son indépendance* ». Il estime que la conclusion de ces conventions constitue une des garanties essentielles de ces ressources. Tout en prenant acte des pistes de travail en cours, il s'interroge sur la pérennité de celles-ci, notamment au regard du lien entre la contribution à l'audiovisuel public et la taxe d'habitation dont la suppression est programmée à court terme.

89. Le Conseil d'Etat relève que le projet de loi clarifie utilement le périmètre respectif des conventions stratégiques pluriannuelles, outils prospectifs, et des cahiers des charges instrument prescriptifs dont l'ARCOM peut sanctionner les manquements.

90. S'agissant spécifiquement de la société France Médias, le projet de loi prévoit que la convention distingue, d'une part le montant maximal que celle-ci conserve aux fins de mener ses missions propres, d'autre part le montant que celle-ci répartit entre ses filiales de premier rang et leurs filiales communes, ainsi que les modalités de cette répartition, enfin le cas échéant, le montant que la société France Médias consacre à la conduite de projets d'intérêt commun à tout ou partie de ses filiales. Cette répartition de la ressource publique entre les différentes composantes du groupe sera opérée par France Médias à compter du 1^{er} janvier 2022.

Le Conseil d'Etat estime qu'aucun principe juridique ne fait obstacle à que la loi de finances affecte le produit de la contribution à l'audiovisuel à la société France Médias, à charge pour cette dernière d'en répartir le produit, sans nouvelle autorisation budgétaire préalable entre ses filiales y compris en cours d'exercice. Le Conseil d'Etat précise toutefois la rédaction du projet de loi pour rappeler le caractère prévisionnel des montants de ressources publiques provenant de la contribution à l'audiovisuel public figurant dans les conventions et qui ne sont, par suite, susceptibles d'être affectées aux sociétés concernées que dans le cadre annuel de l'autorisation budgétaire.

Le Conseil d'Etat ne retient pas les dispositions figurant dans le projet de loi prévoyant que chaque année, à l'occasion du vote de la loi de finances, le Parlement approuve la répartition entre les organismes affectataires des ressources publiques retracées au compte de concours financiers institué au VI de l'article 46 de la loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006, élaborée à partir de leurs propositions. Ces dispositions, dont les principes pourraient être rappelés dans l'exposé des motifs du projet de loi, qui sont relatives à l'affectation d'une recette au sein du budget de l'Etat relèvent du domaine des lois de finances en application des articles 19 et 34 (3° du I) de la loi organique relative aux lois de finances comme le Conseil constitutionnel l'a rappelé, à propos de la redevance audiovisuelle, dans sa décision n° 2009-577 du 3 mars 2009 cons. 33 et 34.

91. Le Conseil d'Etat souligne l'importance des dispositions exigeant de France Médias, à l'occasion de l'examen de la loi de règlement, qu'elle justifie les écarts susceptibles de survenir en cours d'année entre les répartitions initiales indicatives figurant dans la convention et dont le Parlement est informé à l'occasion de la présentation du projet de loi de finances et celles effectivement opérées par la société France Médias pour l'année concernée.

92. Le Conseil d'Etat recommande, à l'instar des compétences qu'elle exerce aujourd'hui sur les contrats d'objectifs et de moyens des sociétés nationales, que l'autorité de régulation soit chargée de donner un avis sur la convention stratégique pluriannuelle de France Médias préalablement à sa signature de même que sur son rapport d'exécution annuel avant sa transmission au Parlement. Il relève que les conventions n'ont pas pour seul objet de régir les relations financières entre l'Etat et France Médias, qu'elles sont conclues dans le respect des missions de service public, missions précisées par les cahiers des charges dont l'autorité de régulation est garante de la bonne exécution. Le Conseil d'Etat suggère de modifier en conséquence le projet de loi.

Transformation de l'INA en société anonyme

93. Le Conseil d'Etat prend acte de la volonté du Gouvernement d'adapter le statut de l'INA au nouvel environnement techniques et économique du secteur de l'audiovisuel sans modifier sa mission principale de conservation et de mise en valeur du patrimoine audiovisuel national. Il observe que ce choix est aussi conforme aux orientations générales qui avaient été prises lors de l'adoption de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique.

94. Le Conseil d'Etat estime que la transformation d'un établissement public industriel et commercial en société anonyme relevant de la législation commerciale, qui comporte de nombreux précédents, ne se heurte à aucune difficulté juridique de principe dès lors que le projet de loi organise, comme c'est le cas en l'espèce, les modalités du passage d'une forme juridique à l'autre en veillant en particulier, d'une part, à préciser le régime des biens, des conventions, droits, obligations, contrats, et autorisations de toute nature, et d'autre part en prévoyant que la transformation est réalisée à titre gratuit et ne donne lieu à aucune taxe.

95. La composition du conseil d'administration de l'INA, identique à celle des sociétés nationales de programmes, n'appelle pas d'observation particulière.

Mise en place de la nouvelle organisation de l'audiovisuel public

96. Le Conseil d'Etat estime que les dispositions relatives à la mise en place de la nouvelle organisation de l'audiovisuel public ne se heurtent à aucune objection juridique. Il attire toutefois l'attention du Gouvernement sur la complexité du processus de création et d'installation du nouvel ensemble et les délais très courts prévus pour l'effectuer. Le projet organise en effet dans un délai n'excédant pas six mois à compter de la promulgation de la loi la transformation de l'INA en société anonyme, l'installation progressive puis définitive du conseil d'administration de la société France médias et consécutivement celle de ses filiales. Il prévoit que la réalisation des opérations en capital nécessaires à la constitution du groupe interviendra au 1^{er} janvier 2021.

97. Le Conseil d'Etat prend acte des dispositions transitoires qui, dans le souci de permettre l'achèvement des contrats d'objectifs et de moyens en cours d'exécution, pour certains jusqu'à la fin de l'année 2022, prévoient que les présidents des sociétés France Télévisions, Radio France, France Médias Monde et Institut national de l'audiovisuel deviennent directeurs généraux de ces sociétés à compter de la nomination du président directeur général de France Médias et jusqu'au 1^{er} janvier 2023. Il relève toutefois que ces dispositions conduiront d'une part à engager le renouvellement des présidents des directeurs généraux de programme dont le mandat vient à échéance avant l'entrée en vigueur de la loi selon les modalités actuelles de nomination et pour un mandat abrégé et d'autre part, à faire coexister pendant une phase transitoire de plus d'un an le président-directeur général de la nouvelle société mère et les anciens présidents directeurs généraux qui achèveront la mise en œuvre de leurs contrats d'objectifs et de moyens respectifs et la trajectoire financière qui y est associée. Le Conseil d'Etat est d'avis que le groupe ne disposera en réalité de sa nouvelle organisation, institutionnelle, financière et fonctionnelle définitive qu'au cours de l'année 2023.

98. Le titre III comporte un dernier chapitre consacré au pouvoir de sanction de l'autorité de régulation sur les sociétés du secteur public. Le projet fait le choix de ne modifier les dispositions existantes que dans la stricte mesure où les autres parties du projet l'exigeaient et donne à l'Autorité la possibilité de rendre publiques les sanctions qu'elle prononce. Le Conseil d'Etat, sans remettre en cause ce parti de reprise à droit presque constant, relève qu'il conviendra d'en clarifier et d'en homogénéiser le champ lors de la codification envisagée.

Autres dispositions du titre III

99. Le titre III du projet comporte diverses autres dispositions qui :

- reproduisent à l'identique, le cas échéant en les transférant ou en les regroupant, de nombreuses dispositions figurant dans la rédaction actuelle de la loi du 30 septembre 1986 ;
- comportent diverses mesures de coordination et procèdent aux substitutions de dénominations nécessaires ;
- reprennent en les amendant en tant que de besoin pour tenir compte du projet de loi les dispositions de la loi du 30 septembre 1986 déterminant les missions des sociétés nationales de programme et l'INA ;
- déterminent les missions de la chaîne généraliste francophone TV 5 monde ;
- ouvrent la possibilité de création de filiales à toutes les sociétés relevant du titre III de la loi du 30 septembre 1986 y compris aux fins de poursuivre des objectifs différents de ceux constitutifs de leurs missions de service public ;
- actualisent les dérogations aux dispositions du code de commerce relatives aux conventions réglementées ;
- abrogent les dispositions permettant au Gouvernement de faire programmer à tout moment par les sociétés nationales de programmes les déclarations ou communications qu'il juge nécessaires, tout en maintenant dans leurs cahiers des charges l'obligation de procéder aux communications gouvernementales en temps de crise ;

-
- réaffirment les droits des personnels et des journalistes ;
- élargissent à toutes les sociétés de l'audiovisuel public la faculté de participer à des accords de coproduction ;
- transfèrent de la société France Télévisions à la société France Médias le soin de créer en son sein un conseil consultatif des programmes composé de téléspectateurs chargé d'émettre des avis et des recommandations sur les programmes ;
- fixent les obligations destinées à permettre l'accessibilité des programmes aux personnes sourdes ou malentendantes, aveugles ou malvoyantes ;
- précisent les conditions dans lesquelles les sociétés filiales de France Médias peuvent faire parrainer leurs émissions ;
- rappellent que les sociétés France Télévisions, Radio France et France Médias Monde sont tenues de produire, programmer et diffuser des émissions relatives aux campagnes électorales dans des conditions fixées par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique ;
- prévoient qu'un temps d'émission est accordé aux formations politiques représentées par un groupe dans l'une ou l'autre des assemblées du Parlement ainsi qu'aux organisations syndicales et professionnelles représentatives ;
- prévoient la certification des comptes de producteurs ;
- sont relatives à la retransmission des débats parlementaires par France Télévisions ;
- maintiennent les dispositions actuelles concernant le régime de diffusion de messages publicitaires par France Télévisions ;
- maintiennent l'obligation pour cette société de programmer le dimanche matin des émissions à caractère religieux consacrées aux principaux cultes pratiqués en France, tout en confiant à son conseil d'administration, comme le prévoit déjà son cahier des charges, le soin de déterminer le plafond des frais de réalisation qu'elle prend en charge ;
- prévoient pour cette société l'obligation d'assurer la promotion des langues étrangères ;
- renvoient à son cahier des charges le soin de fixer les montants minimaux de ses investissements dans la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles européennes et d'expression originale française .

Ces dispositions ne se heurtent à aucune objection d'ordre juridique et n'appellent pas d'observations particulières.

V. DISPOSITIONS DIVERSES, TRANSITOIRES ET FINALES (titre IV)

100. Ce titre comporte des mesures d'entrée en vigueur des réformes opérées par le texte qui ont été commentées plus haut dans l'avis. Les autres mesures du titre appellent les remarques suivantes.

Dispositions relatives à la régulation de la concurrence

101. Le projet de loi comprend deux articles sans lien avec l'objet de ses autres dispositions : ils sont relatifs à la régulation de la concurrence. L'un de ces articles habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire pour rendre compatibles les dispositions du livre IV du code de commerce avec la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur. Il s'agit donc d'une habilitation à transposer la directive : cet article n'appelle aucune remarque particulière.

En revanche, l'autre article comprend un certain nombre de dispositions qui anticipent cette transposition, sur des points particuliers relatifs aux pouvoirs d'enquête des agents de l'Autorité de la concurrence, à la possibilité pour cette dernière de ne pas examiner, au nom de son pouvoir de fixer ses priorités, toutes les pratiques dont elle est saisie, à la possibilité de prendre de sa propre initiative des mesures provisoires, et aux critères au regard desquels elle peut infliger des sanctions pécuniaires.

Le Conseil d'Etat rappelle que la transposition partielle d'une directive n'est pas de bonne méthode et qu'il est souhaitable que, pour chaque niveau de normes, la transposition d'une directive soit assurée par un seul et même texte. Dans les cas où le Gouvernement entend procéder à la transposition en recourant à deux instruments successifs – comme en l'espèce les dispositions d'un projet de loi et une ordonnance dont l'habilitation serait prévue par le même projet –, il est souhaitable d'une part que l'étude d'impact apporte la justification du partage ainsi opéré et d'autre part que les dispositions ainsi transposées constituent un bloc homogène au sein de la directive.

En l'espèce, le Conseil d'Etat ne trouve aucune justification convaincante au partage proposé. Celle de l'urgence ne peut en particulier être retenue. Compte tenu de ce que les Etats membres doivent avoir transposé la directive (UE) 2019/1 précitée avant le 4 février 2021, l'entrée en vigueur des dispositions du projet de loi mentionnées ci-dessus pourrait en effet ne précéder que de très peu celle des dispositions de l'ordonnance assurant la transposition intégrale de la directive. Sur le fond, le Conseil d'Etat relève que les dispositions en cause ne procèdent pas à la transposition de blocs homogènes de la directive et estime très nettement préférable que l'ordonnance résultant de l'habilitation mentionnée procède à cette transposition. Il ne retient donc pas ces dispositions.

Il en va de même des dispositions du projet de loi relatives à la procédure de clémence, qui suppriment l'avis de clémence émis par le collège de l'Autorité de la concurrence. En effet, si elles n'ont pas directement pour objet de transposer la directive, cette dernière comporte un chapitre dédié aux « *programmes de clémence pour les ententes secrètes* », qui comprend nombre de dispositions à transposer, et formant un bloc homogène.

102. D'autres dispositions du même article du projet de loi ne relèvent pas de la directive. Pour l'essentiel, elles simplifient la procédure d'enquête sous le contrôle du juge des libertés et de la détention et enrichissent la liste des décisions que le président de l'Autorité peut prendre seul. Le Conseil d'Etat estime que le contenu de ces dispositions ne soulève pas de difficulté particulière au regard de la Constitution ou du droit européen.

103. Il en va de même de la suppression de la procédure simplifiée résultant actuellement de la combinaison des articles L. 464-5 et L. 463-3 du code de commerce et du pouvoir reconnu au rapporteur général, par des dispositions nouvelles introduites à ce dernier article, de décider, au vu des observations des parties en réponse à la notification de griefs, d'adresser ou non à ces dernières un rapport.

Ces dispositions nouvelles n'apportent pas au principe des droits de la défense, déjà mis en œuvre à travers la réponse à la notification des griefs et la possibilité pour les parties de développer leurs arguments devant le collège lors de la séance, une atteinte excessive. Elles devront faire l'objet d'une application attentive, en fonction de critères objectifs, afin de respecter le principe d'égalité de traitement entre les entreprises.

Le Conseil d'Etat appelle sur ce point l'attention du Gouvernement sur la nécessité de mieux justifier qu'il ne le fait, dans l'état actuel de l'étude d'impact jointe au projet, l'effet favorable attendu de cette mesure sur la durée de la procédure d'instruction, en examinant la question de savoir si les délais gagnés de ce côté ne risquent pas d'être reportés à d'autres étapes de la procédure. Il s'interroge notamment, dans le cas où un rapport n'est pas produit, sur la qualité de l'information donnée au collège appelé à prendre parti sur le bien-fondé des griefs notifiés.

Habilitations

104. Le projet de loi comporte des habilitations à procéder par ordonnance à la mise en conformité de la législation française, notamment le code des postes et des communications électroniques, avec le droit européen dans le domaine des communications électroniques et de la poste que deux textes ont fait évoluer en 2018 : la directive 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen ; le règlement (UE) 2018/644 du Parlement européen et du Conseil du 18 avril 2018 relatif aux services de livraison transfrontière de colis. Si toutes les habilitations valent pour douze mois, les projets de loi de ratification devant être déposés devant le Parlement dans les trois mois de chaque publication d'ordonnance, ce délai devra être devancé en ce qui concerne la directive 2018/1972 qui doit être transposée par les États membres le 21 décembre 2020.

105. Le projet de loi habilite le Gouvernement à procéder par ordonnance pour transposer la directive 2019/789 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et de retransmission de programmes de télévision et de radio et modifiant la directive 93/83 CEE du Conseil. Il habilite également le Gouvernement à procéder par ordonnance pour compléter les transpositions partielles de la directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil 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, intervenues d'une part par la loi n°2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, d'autre part par le présent projet de loi, et pour procéder à une modification des dispositions du CPI relatives à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXème siècle en vue d'en assurer la conformité avec le droit de l'Union européenne. Ces dernières dispositions étant également susceptibles d'être affectées par la directive 2019/790, un texte d'ordonnance le cas échéant commun devra permettre de vérifier le respect de chaque habilitation.

Autres dispositions

106. Le titre IV comporte enfin diverses dispositions qui :

- complètent les missions du CNC de soutien à la création indépendante et de respect des règles de la propriété littéraire et artistique dans son activité d'aide ainsi ,que et la procédure applicable à sa commission des sanctions pour assurer la continuité de son fonctionnement, en prévoyant la suppléance de son président ;
- remplacent dans les articles de la loi de 86 qui le nécessitent le mot « conseil » par le mot autorité, et corrige en conséquence l'emploi du pronom correspondant. ;
- - abrogent des dispositions en faveur de la communication audiovisuelle sur les produits agricoles qui n'ont jamais reçu application ;
- - adaptent à la terminologie et aux nouveaux numéros d'articles issus du projet les dispositions qui s'y réfèrent de la loi de 1977 sur l'élection des députés européens et du code électoral pour l'élection des députés ;
-met à jour dans le code des postes et des télécommunications électroniques la référence au règlement UE 2015/2120
- - appliquent les dispositions outre-mer là où une mention expresse est nécessaire (à Wallis et Futuna), en tenant compte de la publication récente de l'ordonnance n° 2019-1169 du 13 novembre 2019 relative aux marques de produits ou de services) ou par actualisation des dispositions spécifiques le permettant (Nouvelle Calédonie et Polynésie française).

Elles n'appellent pas d'observations particulières du Conseil d'Etat.

Cet avis a été délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans ses séances du mercredi 27 novembre et du jeudi 28 novembre 2019.