

XXVIII Congrès FIDE

Questionnaire Thème 1

Marché intérieur et économie numérique

Rapporteurs français : Liza Bellulo, Laurence Calandri, Céline Castets-Renard, Olivia Tambou

1. Marché Intérieur et commerce électronique : Internet et commerce électronique

1.1. Commerce électronique, responsabilité des intermédiaires de l'Internet

Q1.1.1 et Q1.1.2.: La délimitation du champ matériel d'application de la notion de prestataire de services intermédiaires a fait l'objet d'une patiente réflexion qui est loin d'être achevée, en raison d'une évolution fondamentale des circonstances des faits et des nombreux contentieux européens et nationaux qui sont nés en raison des imprécisions, volontaires ou non de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique. Le 8 juin 2000, lors de son adoption, il paraissait clair que seuls les intermédiaires techniques étaient visés par les règles dérogatoires de responsabilité limitée, prévues aux articles 12 à 15, dès lors que leur activité présentait un « *caractère purement technique, automatique et passif* » (considérant 42), dans le souci de ne pas freiner le développement d'internet. Mais, depuis lors, l'émergence de plate-formes jouant un rôle de mise en relation, de sélection, de référencement hiérarchisation, de promotion ou de régie publicitaire de plus en plus actif tend à remettre en cause la pertinence du critère présidant à la définition de l'hébergeur au sens de la directive 2000/31 et aboutissant à conditionner l'accès à l'information. A défaut de catégorie intermédiaire entre les hébergeurs et les éditeurs de services, ou de critère simple à mettre en œuvre pour caractériser un rôle actif, les juridictions françaises avaient longtemps hésité dans la manière de qualifier certaines fonctions d'hébergement ou non, en s'appuyant sur le partage entre, d'une part, l'activité de stockage, incluant la mise en ligne d'annonces, qualifiée d'hébergement¹, et, d'autre part les activités promotionnelles et publicitaires, « *relevant du droit commun* »², ou, plus tardivement, sur un critère d'exploitation commerciale des sites pour mieux l'écarter³.

La Cour de justice a, *in fine*, posé les jalons des éléments d'identification d'une activité intermédiaire dans les arrêts *Google* rendus le 23 mars 2010⁴ en se fondant sur le considérant 42 et en imposant des conditions de neutralité, technicité et passivité pour l'appliquer aux moteurs de recherche⁵, puis sur renvoi de la High court britannique⁶ a clarifié le droit applicable en mettant un exergue un critère de rôle actif de classement des contenus, de nature à conférer au site une connaissance ou un contrôle des données relatives à ces offres, lorsqu'il prête une assistance consistant notamment à optimiser la présentation des offres à la

¹ Cour d'appel de Paris, 6 décembre 2006, *Abdel/zadi S. et SA Dounia c/SAS iEurop et SARL Lycos France* (au sujet de propos odieux)

² TGI Paris, 13 juin 2009, *L'Oréal contre e-bay*

³ Cass. 1ère Civ. 14 janvier 2010, *S. A. Dargaud Lombard et société Lucky Comics c/ S. A. Tiscali Media* ; CA Paris, 7 juin 2006, *Tiscali Media c/ Dargaud Lombard*

⁴ CJUE, Gde Ch., 23 mars 2010, *Google France Google, Inc. c/ Louis Vuitton Malletier (C-236/08)* ; *Viaticum SA, Luteciel SARL (C-237/08)* ; *Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL (C-238/08)*.

⁵ Les questions préjudicielles posées à la CJUE dans les affaires *Google*, l'ont été par la Cour de cassation, laquelle a suivi sans surprise la décision de la Cour de l'UE : Cass. Com. 12 juil. 2012, (3 arrêts) *Société Google c/ A. Rau et autres*.

⁶ CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres contre eBay International AG et autres*, C-324/09

vente en ligne ou à promouvoir ces offres. Dans un autre arrêt⁷, en matière de protection des marques, la Cour a invité la juridiction de renvoi à vérifier le rôle du prestataire de référencement dans la rédaction du message commercial, mais, surtout, dans « *l'établissement ou la sélection de mots-clés* ». L'arrêt n'exclut pas, en outre, un réexamen à la lumière d'autres « *circonstances* », en particulier si les parties démontrent que « *l'ordre des résultats naturels* » ne découle pas « *de la pertinence des sites respectifs par rapport au mot de recherche introduit par l'internaute* » et si la marque n'apparaît pas dans les premiers rangs des résultats naturels. La mise en œuvre pratique de ces critères n'est toutefois pas évidente dès lors que les opérateurs concernés invoquent souvent le recours aux algorithmes pour se décharger de toute responsabilité et que les constatations nécessaires à l'application des critères dégagés par la CJUE supposent la mise en œuvre de pouvoirs d'instruction approfondis qui ne sont pas toujours proportionnés aux enjeux du litige.

Sur le fondement de la jurisprudence de la CJUE, les juridictions françaises ont par exemple donné la qualification d'hébergeurs aux services de contenus vidéo postés par les internautes (de type *Youtube* ou *DailyMotion*)⁸ et aux sites agrégateurs d'informations⁹. En revanche, la première chambre civile de la Cour de cassation¹⁰ a exclu l'application du régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques à l'activité de référencement d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

Au-delà de la qualification des prestataires intermédiaires dans leurs activités commerciales, la mise en œuvre de cette notion a également été délicate en ce qui concerne la liberté d'expression. Le juge constitutionnel français¹¹ a veillé à préserver, sur le terrain de la liberté d'expression, avec des résultats équivalents à ceux poursuivis par la directive¹², le champ nouveau qu'a ouvert le développement de l'internet. Une diffusion élargie impose néanmoins également de nouvelles responsabilités et une conciliation avec les exigences de l'ordre public, par exemple vis-à-vis de propos susceptibles d'être poursuivis pénalement lorsqu'ils sont constitutifs d'apologie de crimes de guerre ou crimes contre l'humanité ou de terrorisme, et ceux de la protection de la réputation d'autrui, ou de la vie privée, et des données personnelles. Cet objectif légitime de politique publique est même susceptible d'impliquer un droit à l'oubli, tel que dégagé par la Cour de justice de l'Union européenne¹³ avant que le législateur européen ne prenne le relais dans le nouveau règlement sur les

⁷ CJUE, 23 mars 2010, *Google France & Google Inc./Louis Vuitton Malletier*, C-236/08, C-237/08 et C-238/08

⁸ Cass. Com. 12 juil. 2012, (3 arrêts) *Société Google c/ A. Rau et autres*.

⁹ CA Paris (14^e ch., sect. B), 21 nov. 2008, *Blooblox Net c/ Olivier M.*

¹⁰ Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012 N° de pourvoi : 11-15165 et 11-15188, FS-P+B+I.

¹¹ Le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation dès l'adoption de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique (LCEN) qui transpose la directive 2000/31/CE en exigeant que les intermédiaires techniques empêchent l'accès au contenu « manifestement » illicite, dans le souci d'éviter des suppressions intempestives et portant atteinte à la liberté d'expression (DC n° 2004-496 du 10 juin 2004).

¹² Le Conseil constitutionnel a porté une réserve d'interprétation neutralisante du régime de responsabilité en cascade résultant de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, selon lequel le créateur ou l'animateur d'un tel site de communication au public en ligne peut voir sa responsabilité pénale recherchée, en qualité de producteur, à raison du contenu de messages dont il n'est pas l'auteur et qui n'ont fait l'objet d'aucune fixation préalable, dont il ne peut s'exonérer des sanctions pénales qu'il encourt qu'en désignant l'auteur du message ou en démontrant que la responsabilité pénale du directeur de la publication est encourue au regard de l'exercice de la liberté d'expression et de communication protégée par l'article 11 de la Déclaration de 1789. Il a jugé que ces dispositions ne sauraient être interprétées comme permettant que cette personne voie sa responsabilité pénale engagée en qualité de producteur à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne (CC, Décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011, *M. Antoine*)

¹³ CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzalez*, C-131/12

données personnelles¹⁴ qui entrera en vigueur en 2018. Le Conseil d'Etat¹⁵ a récemment interrogé de nouveau la Cour, dans sa formation contentieuse la plus solennelle, sur la portée concrète de ce droit, en particulier à l'égard d'un moteur de recherche : peut-il et doit-il être qualifié de responsable de traitement ? A défaut quelles exigences lui sont-elles applicables ? Est-il tenu de faire systématiquement droit aux demandes de déréférencement portant sur des liens menant vers des pages web qui traitent de telles données ? Peut-il appliquer de lui-même les exceptions prévues par la directive 95/46/CE sur la protection des données personnelles ? Une page internet, comportant des données faisant état de condamnations ou des procédures judiciaires dont une personne physique a été l'objet, doit-elle être systématiquement déréférencée ? Quelle est la portée géographique du droit au déréférencement fondé sur la directive 95/46/CE ?¹⁶ L'exercice de ce droit permet-il d'imposer un déréférencement sur un moteur de recherche identifié en « .com » d'audience mondiale ?

Ces difficultés de délimitation de la notion de prestataires de services intermédiaires et, par conséquent, d'exonération de la responsabilité qui y est attachée ont suscité un débat sur l'opportunité de faire évoluer ces règles tout en préservant le potentiel de croissance et de liberté d'expression de l'internet. Dans l'attente de propositions de portée européenne que le Conseil d'Etat avait déjà appelée de ses vœux en 2014 dans son étude annuelle sur le Numérique et les droits fondamentaux et de la mise en œuvre concrète de la feuille de route dressée par la Commission européenne en mai 2016, confirmée en mai 2017¹⁷, le législateur français est intervenu, par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République Numérique pour définir les « plateformes »¹⁸ et esquisser des obligations d'information loyale, claire et transparente notamment sur les conditions générales d'utilisation, les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels elles permettent d'accéder, l'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à leur profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne.

Revenant de façon plus spécifique sur l'économie collaborative, l'étude annuelle du Conseil d'Etat de 2017, « Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'ubérisation »¹⁹, suggère un ensemble équilibré de mesures complémentaires au niveau européen, mais aussi national : d'une part, à la charge des plateformes, l'institution de règles plus larges de loyauté et de responsabilité dans l'utilisation des algorithmes, incluant des mécanismes d'arrêt d'urgence, ainsi que des règles assurant l'équité fiscale et sociale entre l'économie traditionnelle et l'économie numérique, d'autre part, la promotion d'un environnement favorable à l'essor des plateformes, par le soutien à l'entrepreneuriat individuel, la

¹⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

¹⁵ CE, 24 février 2017, *Mme C, M. F, M. H, M. D*, nos 391000, 393769, 399999, 401258

¹⁶ Le Conseil d'Etat a posé une question préjudicielle sur ce point à la CJUE : Conseil d'Etat, Sect. du contentieux, 10^e - 9^e ch. Réunies, décision du 19 juillet 2017.

¹⁷ COM(2016) 288 final et COM(2017) 228 final

¹⁸ L'article 49 de la loi, désormais codifié à l'article L. 111-7 du code de la consommation, qualifie d'opérateur de plateforme en ligne « toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service ».

¹⁹ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/174000714-etude-annuelle-2017-du-conseil-d-etat-puissance-publique-et-plateformes-numeriques>

simplification administrative au profit de leurs collaborateurs, et des études d'impact systématiques de nouvelles réglementations en ce qui concerne leurs effets sur l'économie « agile ». La Commission européenne a d'ores-et-déjà proposé le 21 septembre 2017, dans sa communication des options de court terme en matière d'équité fiscale²⁰ et annoncé des actions ciblées sur les clauses contractuelles et pratiques commerciales déloyales constatées dans les relations de plateforme à entreprise. Le renforcement du réseau européen de la concurrence, prévu par une proposition de directive en cours d'examen, reste également indispensable, mais sans doute insuffisant à lui seul pour leur permettre de réagir plus rapidement à des risques d'abus d'éviction potentiellement durables, notamment par l'usage des mesures conservatoires. La récente décision de la Commission européenne sanctionnant Google par une amende de 2,42 milliards d'euros et prononçant une injonction à son égard²¹ a ainsi nécessité une enquête de plus de sept ans.

Q1.1.4: Le régime de responsabilité limitée des hébergeurs ne fait pas obstacle, en lui-même, au prononcé d'injonctions de retrait de contenus manifestement illicites, qui peuvent être adressées à tout intermédiaire, comme l'a confirmé la Cour de justice²², et dont l'inexécution est susceptible d'engager leur responsabilité, conformément au considérant 46 de la directive 2000/31²³.

En ce qui concerne les injonctions motivées par des considérations d'ordre public, ce sont, compte tenu de la compétence des Etats membres, en l'absence de mesure d'harmonisation, des dispositifs nationaux qui en ont dessiné les contours. Ainsi, en France, l'article 12 de la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme a prévu que « *lorsque les nécessités de la lutte contre la provocation à des actes terroristes ou l'apologie de tels actes relevant de l'article 421-2-5 du code pénal ou contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du même code le justifient, l'autorité administrative* » « peut demander » indifféremment à l'éditeur ou à l'hébergeur « *le retrait des contenus* » qui contreviennent à ces mêmes articles, dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs de police administrative. La légalité des décrets pris l'application de cette disposition²⁴, qui avait été contestée devant le Conseil d'Etat, a été confirmée, au motif, notamment que les dispositifs de blocage et de déréférencement « *ont pour objectifs légitimes, d'une part, de restreindre, pour les internautes de bonne foi, l'accès aux sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et aux sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique et, d'autre part, de gêner l'accès volontaire de certains internautes à ces contenus* », qu'il ne résulte pas des stipulations de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que de telles mesures ne puissent être ordonnées que par un juge, et que la loi prévoit des garanties appropriées, notamment la transmission de la liste des adresses électroniques à bloquer ou à déréférencer à une personnalité qualifiée, désignée en son sein par la Commission nationale de l'informatique et des libertés qui peut s'assurer de la régularité des demandes, ainsi que

²⁰ COM(2017) 547 final, « A fair and efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market »

²¹ Commission européenne, 27 juin 2017, COMP.39740, Google Search (Shopping)

²² CJUE, 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien GmbH, C-314/12

²³ Il précise à cet effet expressément que l'hébergeur « doit, dès qu'il prend effectivement connaissance ou conscience du caractère illicite des activités, agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Il y a lieu de procéder à leur retrait ou de rendre leur accès impossible dans le respect du principe de la liberté d'expression et des procédures établies à cet effet au niveau national ».

²⁴ Décret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique et décret n° 2015-253 du 4 mars 2015 relatif au déréférencement des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique.

l'obligation à la charge de l'autorité administrative de mettre à jour trimestriellement les adresses électroniques qui lui sont notifiées²⁵.

En ce qui concerne les injonctions au titre de la lutte contre la contrefaçon ou le piratage, qui permettent ainsi de protéger des droits de propriété intellectuelle sans lesquels aucune production de contenus susceptible d'être diffusée sur internet ne saurait se développer, le droit dérivé a défini certaines caractéristiques communes²⁶. Néanmoins, ces dispositions laissent une large marge d'appréciation aux juges et donnent lieu à des pratiques très diverses. La CJUE a jugé que le prononcé de telles injonctions ne pouvait aboutir à imposer aux hébergeurs une obligation de surveillance permanente et généralisée des informations hébergées placées sur leur site, qui porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre des prestataires techniques et à la liberté de communication²⁷. La Cour de cassation a reçu cette jurisprudence par un arrêt du 12 juillet 2012 dans lequel elle a jugé que les injonctions devaient être limitées à «*la seule faculté d'ordonner une mesure propre à prévenir ou à faire cesser le dommage lié au contenu actuel du site en cause* » à l'exclusion de toute mesure de surveillance et de filtrage des contenus illicites futurs et de tout dispositif de blocage illimité²⁸.

Q.1.1.3: La mesure dans laquelle des obligations de précaution ou de diligence peuvent être imposées reste encore à déterminer, en ce qui concerne, d'une part, les injonctions de retrait dites prolongées, et, d'autre part, le devoir de précaution des intermédiaires.

Dans l'affaire dite Allostreaming²⁹, le tribunal de grande instance de Paris a ainsi ordonné, des mesures de blocage³⁰ pour une durée de douze mois, mais n'a pas fait droit à la demande des associations de les autoriser à utiliser un outil qu'ils avaient conçu³¹ permettant la mise à jour des injonctions du tribunal³². La difficulté tenait au fait qu'en présence de la réapparition des contenus retirés, il ne s'agit pas de suivre l'exécution de la décision de blocage mais de permettre au juge d'étendre les effets de sa première décision en présence d'une nouvelle atteinte aux droits d'auteur (ex : création d'un nouveau site ou duplication de son contenu dans un autre site existant ou créé). Or, en matière de procédure civile, le juge est dessaisi dès qu'il rend sa décision ; lui confier dès lors le soin de veiller aux possibles contournements de sa décision modifie nettement son office. De même, dans trois arrêts

²⁵ CE, 15 février 2016, *Association French data network et autres*, n^{os} 389140, 389896, 2^{ème} et 7^{ème} s-s.

²⁶ article 11 de la Directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et son considérant 23 ; considérant 59 de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

²⁷ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10 et *SABAM*, C-360/10

²⁸ Cass. Civ. 1, 12 juillet 2012, *André Rau c/ Google & Au Féminin.com*, n^o 11-15.167 et n^o 11-15.188

²⁹ TGI Paris, réf., 28 novembre 2013, *Association des Producteurs de Cinéma (APC), la Fédération Nationale des Éditeurs de Films (FNDF) et le Syndicat de l'Édition Vidéo Numérique (SEVN)*, RG n^o 11/60013. Voir aussi jugements du TGI de Paris du 22 octobre 2015 (*Pirate Bay*), 4 décembre 2014, 2 avril 2015, 2 juillet 2015

³⁰ tendant à interdire l'accès à plusieurs sites internet qui mettaient exclusivement à disposition des internautes des liens non autorisés permettant de visionner des œuvres protégées en streaming ou de les télécharger, par tout moyen efficace et notamment par le blocage des noms de domaine, à l'encontre des principaux fournisseurs d'accès internet, et leur référencement par les moteurs de recherche

³¹ Logiciel développé par TMG (Trident Media Guard, prestataire d'ores et déjà utilisé en matière de peer-to-peer pour transmission à l'HADOPI) qui notamment détecte les modifications de noms de domaines, les changements d'adresses IP, alerte les moteurs de recherche et les FAI, pour obtenir leur déréférencement ou leur blocage sans nouvelle saisine du juge.

³² En pratique, aux termes de l'assignation, un agent assermenté de l'ALPA aurait été autorisé par avance par le juge à notifier aux FAI, soit des levées de blocage, soit l'extension des blocages d'origine à de nouveaux noms de domaine et/ou adresses IP.

concernant la société *Google*, la Cour de cassation a censuré une obligation d'empêcher le repost (*notice and stay down*)³³.

Dans ce contexte, diverses réflexions ont été conduites en France afin de tenter de remédier à ces difficultés, notamment dans le rapport « *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne* » de mai 2014, de Mireille Imbert Quaretta et Louis Dutheillet de Lamothe³⁴ et l'étude annuelle « *Numérique et droits fondamentaux* » du Conseil d'Etat en 2014³⁵, qui propose de créer au niveau européen un tiers statut entre ceux d'hébergeurs et d'éditeurs pour les plateformes, mettant à leur charge certaines obligations de loyauté (voir également la section 1.4). Ces études ont également nourri le développement de codes de bonne conduite qui prévoient des mesures équilibrées entre les titulaires de droits et certains acteurs de l'internet : une charte des bonnes pratiques de la publicité en ligne³⁶, une coopération spécifique avec les plates-formes de commerce en ligne³⁷, les sites de petites annonces entre particuliers³⁸, et les opérateurs postaux³⁹ prévoyant notamment la mise en place par les plates-formes de mécanismes d'analyse du contenu des offres et du comportement des vendeurs et des notifications portant sur des offres de contrefaçon par les titulaires de droits aux plates-formes. Des réflexions sont en cours en vue de l'élargissement de ces actions à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle⁴⁰.

Le législateur s'est, sans attendre l'aboutissement de ces réflexions de portée générale qui ont en particulier été suscitée par le piratage d'œuvres musicales ou audiovisuelles, intéressé au référencement des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques. L'article 30 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine. L'article 30 concerne la recherche et le référencement, codifié à l'article L. 136-1 du code de la propriété intellectuelle, définit ce service⁴¹, sans considération quant au

³³ Cass. 1^{ère} Civ., 12 juil. 2012 (3 arrêts concernant Google), n° 11.15-165, n° 11.15-188, n° 11-13.666, n° 11-13.669.

³⁴ <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Documentation/Rapports/Outils-operationnels-de-prevention-et-de-lutte-contre-la-contrefacon-en-ligne>

³⁵ <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2014-Le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>

³⁶ <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Actualites/Charte-des-bonnes-pratiques-dans-la-publicite-pour-le-respect-du-droit-d-auteur-et-des-droits-voisins>

³⁷ [Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet entre titulaires de droits de propriété industrielle et plateformes de commerce électronique](#), ouverte à la signature le 16 décembre 2009.

³⁸ [Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet entre titulaires de droits de propriété industrielle et plateformes de petites annonces sur Internet](#), ouverte à la signature le 7 février 2012.

³⁹ [Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet entre titulaires de droits de propriété industrielle et opérateurs postaux](#), ouverte à la signature le 7 février 2012.

⁴⁰ En matière de coopération avec les acteurs de la publicité sur internet, le CNAC a pour objectif de :

- élaborer une charte des bonnes pratiques dans la publicité sur internet pour le respect des droits de propriété intellectuelle engageant les acteurs de la publicité sur internet et les représentants des titulaires de droits,
- créer un comité de suivi des bonnes pratiques dans la publicité sur internet pour le respect des droits de propriété intellectuelle.

En matière de coopération avec les opérateurs du paiement en ligne, le CNAC étudie la possibilité de :

- créer un comité de suivi des bonnes pratiques dans les moyens de paiement en ligne pour le respect des droits de propriété intellectuelle ;
- mettre en place un guichet unique chargé de centraliser le traitement des plaintes des consommateurs et des titulaires de droits, et de faciliter l'accès des entreprises, en particulier des PME, à un blocage des comptes bancaires des contrefacteurs effectué par les opérateurs de paiement à distance. Ce dispositif repose sur le mécanisme de rétro-facturation (« chargeback »), repris dans la politique commerciale des opérateurs de paiement à distance. Il est déjà mis en œuvre aux Etats-Unis (International Anti-Counterfeiting Coalition) et au Canada (Centre Anti-Fraude).

⁴¹ « On entend par service automatisé de référencement d'images, au sens du présent chapitre, tout service de communication au public en ligne dans le cadre duquel sont reproduites et mises à la disposition du public, à des fins

caractère licite ou non de la mise en ligne originelle, et institue leur gestion collective automatique par des sociétés agréées, qui sont seules habilitées à conclure les conventions avec leurs exploitants aux fins d'autoriser la reproduction et la représentation des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques, selon un modèle inspiré des sociétés de gestion collective des droits d'auteur. Dans cette hypothèse, l'activité de référencement n'est pas une simple activité d'hébergement dans la mesure où est reconnue une utilisation des œuvres (reproduction et représentation), impliquant le versement d'une redevance obligatoire à une société de gestion collective. On attend alors une coopération bien plus forte du référenceur qui doit rémunérer le contenu financé, sauf à le retirer. Cependant, la mise en œuvre concrète de cette mesure s'avère complexe et des contentieux ont été engagés pour la contester.

Au niveau européen, la conformité des injonctions de retrait (procédure dite "*notice and keep off*" ou "*notice, take down & stay down*") prolongé, pratiquées aux Etats-Unis, au Royaume-Uni, en Italie et en Espagne, visant à assurer l'absence de réapparition d'un contenu bloqué ou supprimé, n'est ainsi pas encore solidement affirmée, notamment au regard de la liberté de communication, même si la Cour a donné des indications positives en ce sens dans l'arrêt *Telekabel* précité⁴². Si le principe des injonctions ainsi définies a été confirmé, la Cour d'appel de Paris a cependant jugé⁴³ que les frais ne pouvaient être assumés par les hébergeurs, dans le prolongement d'une décision en ce sens du Conseil constitutionnel⁴⁴.

Au-delà des injonctions, il convient également de fixer la nature de l'obligation de précaution/diligence à la charge des intermédiaires poursuivant une finalité commerciale, que ce soit par la révision de la directive 2001/29/CE sur le droit d'auteur ou la jurisprudence.

La proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016) 593 final) a prévu en son article 13 et son considérant 39 des dispositions relatives à l'utilisation de contenus protégés par des prestataires de services de la société de l'information qui stockent et donnent accès à un grand nombre d'œuvres et d'autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs : dispositifs de reconnaissance et marquage des œuvres proportionnés aux moyens des plateformes, dispositifs de traitement des plaintes liées à l'application de ces mesures, coopération avec les titulaires de droits pour faire évoluer les mesures techniques.

Concomitamment à cette proposition, deux arrêts de la Cour de justice ont précisé la notion de « communication au public » prévue à l'article 3 de la directive 2001/29, qui constitue l'assiette de la rémunération des auteurs, et n'avait pas été modifié par la proposition. Leur

d'indexation et de référencement, des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques collectées de manière automatisée à partir de services de communication au public en ligne »

⁴² CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres contre eBay International AG et autres*, C-324/09. en soulignant que l'injonction devait « laisser à son destinataire le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé de sorte que celui-ci peut choisir de mettre en place des mesures qui soient les mieux adaptées aux ressources et aux capacités dont il dispose et qui soient compatibles avec les autres obligations et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité », lui permettre « de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables » et a estimé que les injonctions devaient également pouvoir permettre de prévenir de nouvelles atteintes

⁴³ CA Paris, 15 mars 2016, *Association des producteurs de cinéma et autres*, n°040/2016

⁴⁴ Conseil constitutionnel, 28 décembre 2000, Décision 2000-441 DC

impact, potentiellement majeur, reste à déterminer. En septembre 2016, la Cour a ainsi jugé⁴⁵ que le placement à but lucratif de liens hypertexte donnant accès à des œuvres protégées profonds à but lucratif devait être constitué comme communiquant au public cette œuvre, et que la personne qui place le lien était tenue de vérifier que l'offre était licite. Cette présomption est réfragable, mais la cour ne précise pas par quel moyen (démonstration de la prise de diligences raisonnables ? comment celles-ci peuvent être appréciées ?), ni quelles sont les personnes qui entrent dans le champ de cette présomption. En revanche, une telle présomption n'est pas mise en œuvre pour les liens à but non lucratif, compte tenu de la primauté de la liberté d'expression. Pour bénéficier de cette présomption, les titulaires de droit doivent néanmoins montrer qu'un public nouveau a été touché du fait de ces hyperliens. Or, par deux autres arrêts de 2017⁴⁶, relatif à des services de pair à pair il semble que la cour ait fortement nuancé l'application de sa jurisprudence antérieure qui concevait cette notion de manière restrictive⁴⁷ ; la Cour semble désormais considérer que des internautes accédant à des œuvres piratées, même si celles-ci avaient déjà été publiées sur internet, pouvaient constituer un « *public qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsque ces derniers ont autorisé la communication initiale* ». Cette interprétation demeure toutefois à confirmer compte tenu des nombreuses nuances que la jurisprudence comporte au cas par cas, comme l'a relevé un récent rapport du professeur Sirinelli⁴⁸ et de l'absence à ce jour d'arrêt solennellement rendu en grande chambre.

1.2. Protection des consommateurs en matière d'Internet et de commerce électronique, d'achats sur internet et de droits contractuels ; protection des consommateurs et résolution de litiges ⁴⁹

Q1.2.2 et Q1.2.3.: Sous réserve des particularités liées au droit d'auteur et aux droits voisins attachés à ces contenus numériques et de la nécessité de règles technologiquement neutres vis-à-vis de la diversité des modalités de mise à disposition, les contrats de vente portant sur des contenus numériques relèvent indéniablement des rapports de consommation. A titre d'exemple, si l'on prend le cas d'un fichier musical, le contrat serait qualifié de vente s'il est gravé sur un CD mais le serait différemment s'il était téléchargé. Pour autant, pour le consommateur, l'aboutissement et l'intérêt sont les mêmes, à savoir écouter l'œuvre musicale. La lisibilité, l'accessibilité et la cohérence du droit applicable sont l'un des premiers facteurs de confiance du consommateur dans le marché intérieur. Aussi, l'élaboration d'un

⁴⁵ CJUE, 21 septembre 2016, *GS Media*, C-160/15

⁴⁶ CJUE, 26 avril 2017, *Stichting Brein*, C-527/15; 17 juin 2016, *Stichting Brein*, C-610/15

⁴⁷ CJUE, 13 février 2014, *Svensson*, aff. C-466/12 (à propos d'hyper-liens) ; ord. 21 octobre 2014, *Bestwater*, C-348/13 (à propos d'insertions)

⁴⁸ <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-le-droit-de-communication-au-public>

⁴⁹ Document de travail des services de la Commission [SWD](2016)163 Orientations concernant la DPCD [Directive relative aux pratiques commerciales déloyales]. Dans le cadre d'une évaluation au cas par cas, un prestataire de plate-forme peut agir à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale dès lors, par exemple, qu'il facture une commission sur les transactions entre fournisseurs et utilisateurs, fournit des services supplémentaires payants ou tire des recettes de publicités ciblées.

En outre, au titre de l'article 5, paragraphe 2, de la DPCD, aucun prestataire de plate-forme ayant qualité de « professionnel » ne devrait contrevenir aux exigences de la diligence professionnelle dans ses pratiques commerciales vis-à-vis du consommateur. Au titre de l'article 2, point h), de la DPCD, on entend par "diligence professionnelle" le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marchés honnêtes et/ou au principe général de la bonne foi dans son domaine d'activité. Les obligations de diligence professionnelle vis-à-vis des consommateurs imposées à ces professionnels par la DPCD se distinguent, tout en le complétant, du régime d'exemption de responsabilité établi par l'article 14 de la directive sur le commerce électronique pour les informations illicites hébergées par des prestataires de service à la demande de tierces parties.

corps de règles rassemblant les dispositions applicables à l'ensemble des biens doit être privilégiée (comme c'est le cas dans la directive 2011/83/CE relative aux droits des consommateurs, qui couvre les contrats de vente de biens matériels et les contenus numériques fournis sur un support matériel ou non en adaptant, pour ces derniers, les règles applicables).

Toutefois, il convient de prendre en compte la spécificité, pour ce type de contrats, de l'approche relative à la hiérarchie des remèdes à l'inexécution contractuelle entre l'exécution en nature (remplacement ou réparation du bien), la réduction du prix, la résolution du contrat ou une indemnisation. L'ensemble de ces sanctions ne paraissent pas applicables à l'ensemble des contenus numériques. Tel est par exemple le cas du remplacement ou de la réparation, assimilés à une exécution en nature, qui paraît difficilement compatible avec les contenus relevant de la législation relative aux droits d'auteur. Le choix offert au consommateur entre ces différents remèdes doit donc être encadré afin d'éviter les abus si le coût de la solution choisie par le consommateur est disproportionné au regard de la valeur du bien ou de l'importance du défaut de conformité. D'autre part, ces propositions ne doivent pas se traduire par un affaiblissement du niveau de protection actuellement offert, en particulier en matière de clauses abusives.

Q1.2.5: La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs venant à peine d'être transposée dans les législations nationales des États membres, il est difficile d'en mesurer aujourd'hui les effets sur le marché intérieur. Si cette législation est globalement adaptée, le cadre européen pourrait davantage assurer la loyauté de l'information (information sur l'existence de relations contractuelles ou de liens capitalistiques avec les personnes référencées), introduire des obligations relatives à la fiabilité et l'intégrité des avis des utilisateurs, garantir la portabilité des données de consommation et des contenus légalement acquis, pour des raisons tant de protection des consommateurs, que de développement d'une concurrence « en silos » entre plateformes intégrées.

Q1.2.6: Devant les juridictions françaises, peut être citée l'affaire dite « L'origine du monde », opposant Facebook à l'un de ses utilisateurs, par laquelle le réseau social a supprimé l'accès à la reproduction de l'œuvre de Gustave Courbet. Dans un arrêt du 12 février 2016, la Cour d'appel de Paris⁵⁰ s'est reconnue compétente en application des articles 15 et 16 du règlement 44/2001 pour statuer sur la licéité de la clause attributive de compétence issue des conditions générales d'utilisation (CGU) de *Facebook*, bien que rédigée au profit des tribunaux d'Etat et fédéraux situés dans le comté de Santa Clara, en Californie, et jugé que cette clause, rédigée au détriment du consommateur et créant un déséquilibre significatif devait être regardée comme abusive et, dès lors, réputée non écrite.

Q1.2.7: Il semble qu'il faille être prudent dans l'extension des règles concernant les relations entre entreprises et consommateurs (B2C) aux relations entre entreprises (B2B). L'urgence et surtout la pertinence d'une telle solution restent à démontrer.

1.4. Questions liées à l'économie collaborative

Q1.4.1: Parmi les questions les plus controversées concernant les entreprises de l'économie collaborative, on peut citer l'activité des plateformes de mise en relation entre les VTC et les consommateurs, clients de la plateforme de type Uber.

⁵⁰ Cour d'appel de Paris, Pôle 2 - Chambre 2, arrêt du 12 février 2016, Facebook Inc. / Monsieur X.

La combinaison de l'obligation de notification préalable qui découle de la directive n° 2015/1535/UE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information et du principe du pays d'origine fixé par l'article 3 de la directive sur le commerce électronique, qui fixe de fait une règle de conflit de lois de droit public en matière de réglementation des plate-formes et les exonère largement de leur responsabilité (voir 1.1.) explique sans doute que les contentieux en matière d'autorisations administratives requises des acteurs de l'économie collaborative se soient à ce jour relativement peu développés sur le fondement du droit de l'Union européenne, hormis le cas particulier du service de transport de particuliers fourni par Uber.

Mais c'est sans doute essentiellement parce que le secteur des transports échappe au champ de la directive 2000/31 ainsi qu'à celui, plus généralement, de la liberté de prestation de services. En effet, les services de transport relèvent de l'article 58 TFUE et échappent en conséquence, en l'absence de mesure d'harmonisation prise sur le fondement de l'article 91, paragraphe 1 TFUE, à la liberté de prestation de service prévue par l'article 56 TFUE et au principe du pays d'origine tiré de la directive 2000/31. C'est le cas plus particulièrement des activités de transport individuel de personnes à titre onéreux ou gratuit de moins de dix places, qui ne font l'objet d'aucune disposition de droit dérivé. Le dialogue des juges joue alors pleinement, une série de questions préjudicielles étant en cours d'examen. Les conclusions récemment rendues dans l'affaire C-434/15, si elles étaient confirmées, semblent permettre de retenir la qualification de service de transport dans la mesure où un faisceau d'indices tend à conférer à la plate-forme un rôle essentiel dans la définition du service: la finalité de la mise en relation d'une part, et le rôle que joue la plate-forme d'autre part pour définir le lieu de prise en charge du client, gérer les moyens informatiques, fixer des conditions qualitatives d'exécution du service, qu'il s'agisse du véhicule, ou du chauffeur (critères de sélection de l'appartenance au réseau et d'exclusion du réseau, notamment selon l'appréciation du client de la prestation fournie), et, surtout, le prix. Les mêmes critères semblent devoir être retenus pour déterminer la portée de l'obligation de notification préalable au titre de la directive 2015/1535 au regard des conclusions prononcées dans l'affaire C-320/16, sur renvoi du tribunal de grande instance de Lille.

Toutefois, d'autres questions resteront encore à explorer par les juges dans le domaine de l'économie collaborative, notamment l'importance de certains critères proposés dans la communication de la Commission sur l'économie collaborative du 2 juin 2016⁵¹, tels que la propriété du véhicule ou le risque assumé par le conducteur⁵².

⁵¹ <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881>

⁵² Si ces facteurs ne semblent pas pertinents pour déterminer la portée de l'article 58 TFUE, puisqu'ils sont étrangers à la relation entre la plate-forme et le client et le consentement de ce dernier à souscrire un service (lieu de prise en charge, temps d'attente, prix, partage ou non du véhicule avec d'autres clients), ils peuvent être essentiels pour apprécier les relations entre la plate-forme et ses contributeurs au regard du droit de la concurrence, au titre de l'article 101 TFUE, et par conséquent pour déterminer la portée de l'interdiction de l'imposition des prix de détail, qui ne résultent pas seulement du taux de commission perçu par la plate-forme, ou pour apprécier les éventuelles restrictions apportées à la concurrence inter-plate-formes que peuvent faire jouer les contributeurs. Il reste par ailleurs curieux que certaines plate-formes puissent à la fois estimer qu'elles sont exonérées du respect des législations sur le travail salarié compte tenu de l'autonomie de leurs contributeurs, qui ne répondent pas dès lors au critère essentiel de subordination, mais qu'elles le sont également des règles de concurrence applicables aux restrictions verticales.

Q1.4.2: La règle de conflit de lois en matière de réglementation prévue par la directive commerce électronique n'est pas aussi contraignante pour les autorités administratives indépendantes nationales chargées de la régulation lorsqu'elles s'appuient sur des règles harmonisées au niveau européen. Ces règles peuvent résulter directement du droit primaire, comme c'est le cas pour les pratiques anti-concurrentielles, ou de règles de droit dérivé spéciales, comme c'est le cas notamment en matière de protection des données personnelles. Ces autorités disposent en outre de certains pouvoirs (auto-saisine, instruction, injonction, souscription d'engagements, sanctions pécuniaires) plus adaptés à une action efficace et transnationale au niveau européen. C'est donc essentiellement sur ce terrain que les principales questions juridiques relatives à l'économie collaborative se sont développées, ou du moins de la façon la plus visible.

L'Autorité de la concurrence française a été l'une des premières en Europe à analyser le fonctionnement des marchés de la publicité en ligne sur lesquels l'acteur dominant a été mis face à ses responsabilités, dès 2010⁵³. Elle a estimé dans un avis que Google, pour la publicité liée aux recherches, et Pages jaunes, pour la publicité sur les annuaires en ligne, disposaient, sur leur marchés respectifs, d'une position dominante compte tenu d'un faisceau d'indices convergents, et pointé en conséquence les responsabilités particulières qui leur incombaient⁵⁴, en précisant toutefois que de telles positions sont susceptibles d'être remises en cause avec la succession des cycles d'innovation sur Internet. Concomitamment à cet sectorielle, l'Autorité de la concurrence avait, à la suite d'une plainte, prononcé des mesures conservatoires à l'encontre du service de publicité en ligne de Google⁵⁵ lui enjoignant à bref délai de préciser les conditions de souscription et d'exécution des contrats avec les entreprises de ce secteur selon des conditions claires, objectives et non-discriminatoires, ainsi que les procédures pouvant conduire à la suspension du compte d'un annonceur⁵⁶. A l'issue de ces mesures conservatoires, Google a pris des engagements largement inspirés de ces mesures, qui ont été rendus obligatoires pour une durée de trois ans en France⁵⁷. Une nouvelle enquête sectorielle a été engagée le 23 mai 2016⁵⁸ pour évaluer les nouvelles pratiques de marché et le renforcement éventuel des positions depuis 2010.

L'Autorité a également publié deux études sectorielles en collaboration avec d'autres autorités de concurrence européenne : une première étude en décembre 2014, réalisée conjointement avec la *Competition and Market Authority britannique*, sur l'analyse économique des systèmes ouverts et fermés et la concurrence entre plate-formes verticalement intégrés

⁵³ Avis 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

⁵⁴ Afin que le jeu concurrentiel puisse s'exercer pleinement, les acteurs en position dominante doivent s'abstenir de mettre en œuvre deux types de pratique conduisant d'une part, à de possibles abus d'éviction, destinés à décourager, retarder ou éliminer les concurrents par des procédés ne relevant pas d'une concurrence par les mérites (élévation artificielle de barrières à l'entrée, clauses d'exclusivité excessives par leur champ, leur durée ou leur portée, obstacles techniques, etc.) et, d'autre part, à de possibles abus d'exploitation, par lesquels un moteur de recherche imposerait des conditions exorbitantes à ses partenaires ou clients, les traiterait de manière discriminatoire ou refuserait de garantir un minimum de transparence dans les relations contractuelles qu'il noue avec eux. L'avis de l'Autorité de la concurrence avait une portée essentiellement pédagogique, visant à permettre aux entreprises concernées de mettre en conformité leur pratique afin d'éviter des contentieux.

⁵⁵ Décision 10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet.

⁵⁶ Décision 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx.

⁵⁷ Google avait indiqué qu'elle appliquerait en pratique ses engagements à l'ensemble des contenus admis sur son service et dans tous les pays concernés par son service.

⁵⁸ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=662&id_article=3014&lang=fr

et autres catégories d'acteurs⁵⁹, et une seconde, en mai 2016, réalisée conjointement avec le *Bundeskartellamt* allemand⁶⁰, sur les données personnelles et leurs enjeux pour l'application du droit de la concurrence.

Dans le secteur de la réservation de l'hôtellerie en ligne, l'Autorité de la concurrence a obtenu de Booking, à la suite d'une plainte des principaux syndicats hôteliers français et du groupe Accor, qu'il prenne l'engagement de modifier ses pratiques commerciales qui étaient susceptibles de réduire l'intensité de la concurrence entre plate-formes et de permettre aux hôtels d'offrir des nuitées de dernière minute ou à une clientèle fidèle à des conditions plus avantageuses. Booking a ainsi modifié sa clause de parité tarifaire et supprimé toute clause imposant des obligations de parité en termes de disponibilités de chambres ou de conditions commerciales à des plate-formes concurrentes non seulement à l'égard des plateformes concurrentes mais également des canaux directs hors ligne des hôtels et d'une partie de leurs canaux en ligne⁶¹. La Suède et l'Italie avaient obtenu des engagements similaires à l'issue d'une coordination entre les trois autorités. Un bilan d'étape de l'efficacité de ces engagements a été publié en février 2017⁶², avant qu'il ne donne lieu à un rapport d'évaluation avec huit autres autorités⁶³ sous l'égide de la Commission européenne⁶⁴ en avril 2017.

2. Médias numériques

Q2.1: La position de la Cour de justice de l'Union européenne sur les « frontières » des SMAD est accueillie de façon ambivalente en droit français : la solution est à la fois attendue et porteuse d'insécurité juridique.

Le droit français des SMAD se caractérise par une double complexité : la première source de difficulté concerne la définition même des SMAD car si ces derniers ont été intégrés depuis la loi du 5 mars 2009 dans le champ de compétence du régulateur (CSA), l'article 2 alinéa 6 de la loi du 30 septembre 1986⁶⁵, complétée par le I de l'article 1er décret n°2010-1379 du 12 novembre 2010 comporte des carences. La définition française, par ses exclusions – totales⁶⁶ ou partielles⁶⁷ – est difficilement opérationnelle par les opérateurs, source de contentieux⁶⁸. La

⁵⁹ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/economics_open_closed_systems.pdf

⁶⁰ <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf>

⁶¹ Décision 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne

⁶² http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/bilan_engagements_booking_final_9fev17.pdf

⁶³ Allemagne, Belgique, Hongrie, Irlande, Italie, Pays-Bas, République tchèque, Royaume-Uni et Suède.

⁶⁴ http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf

⁶⁵ Est un SMAD « tout service de communication au public par voie électronique permettant le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur sa demande, à partir d'un catalogue de programmes dont la sélection et l'organisation sont contrôlées par l'éditeur de ce service »

⁶⁶ Loi 1986 : « Sont exclus les services qui ne relèvent pas d'une activité économique au sens de l'article 256 A du code général des impôts, ceux dont le contenu audiovisuel est secondaire, ceux consistant à fournir ou à diffuser du contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échanges au sein de communautés d'intérêt, ceux consistant à assurer, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le seul stockage de signaux audiovisuels fournis par des destinataires de ces services et ceux dont le contenu audiovisuel est sélectionné et organisé sous le contrôle d'un tiers. Une offre composée de services de médias audiovisuels à la demande et d'autres services ne relevant pas de la communication audiovisuelle ne se trouve soumise à la présente loi qu'au titre de cette première partie de l'offre ».

⁶⁷ Décret 2010 : Art. 1 II : « Les dispositions du présent chapitre relatives à la contribution au développement de la production d'œuvres cinématographiques ne sont pas applicables aux services qui proposent annuellement moins de 10 œuvres cinématographiques de longue durée. III. — Les dispositions du présent chapitre relatives à la contribution au développement de la production d'œuvres audiovisuelles ne sont pas applicables : 1° Aux services de télévision de rattrapage ;

seconde source de complexité est l'instabilité de leur régime juridique. La France est passée d'un régime d'autorisation préalable -inefficace- à un système de déclaration par la loi n°2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public (art. 34 de la loi du 30 septembre 1986 mod.) avec des obligations juridiques diversifiées (pluralisme culturel, protection des mineurs etc.)⁶⁹. Censé être *a priori* plus souple, et donc plus efficace, il demeure encore en pratique peu effectif comme le souligne le CSA qui « ne peut être assuré que la totalité des éditeurs lui ont déclaré leur activité »⁷⁰, et souligne le « caractère lacunaire de nombreuses déclarations ». Le CSA appelle donc à une refonte du statut et du régime juridique des SMAD⁷¹. Dès lors, il apparaît exagéré de parler de « déviance » entre les positions françaises et européenne, même si, en l'état actuel du droit français, il est possible d'évoquer une lecture plus extensive des SMAD par la CJUE. Cette jurisprudence pourrait être une opportunité pour le droit français en élargissant le périmètre des SMAD.

Cette évolution présente toutefois deux risques principaux. Le premier est d'imposer au régulateur national un périmètre d'action plus important, avec les risques contentieux afférents⁷², sans que la question de l'adaptation des moyens (juridiques, matériels, humains) du régulateur soit résolue, et ce dans un contexte général en France de défiance vis-à-vis de ce modèle de régulation⁷³. Le second serait de se cantonner à une définition des SMAD-avec le risque d'une obsolescence rapide de la définition face aux évolutions technique et aux usages- et de laisser de côté la question essentielle de leur régime juridique : faut-il un alignement par rapport aux médias traditionnels ou un régime juridique *sui generis*, inspirés -alignés?- de la régulation à venir des contenus audiovisuels en ligne (Youtube etc)?. Or, en France au-delà des objectifs classiques assignés aux SMAD (déontologie, protection des mineurs), d'autres finalités sont poursuivies liées à l'exception culturelle (production et de promotion des œuvres européennes et d'expression originale française), qui pourraient ne pas être reprises dans la directive.

Ainsi, dans un souci de sécurité juridique il serait préférable que la position de la CJUE soit « codifiée » à l'occasion de la révision de la directive SMA afin d'unifier les définitions nationales, disparates, et d'identifier clairement le périmètre des SMAD dans leur « pluralité », à même de fonder l'élaboration d'un régime juridique harmonisé, sous l'égide de l'ERGA par la définition de « bonnes pratiques » (*guidelines*) associant régulateurs nationaux et acteurs concernés (*Self and coregulation*).

^{2°} Aux autres services de médias audiovisuels à la demande dont l'offre est principalement consacrée aux programmes mentionnés au [cinquième alinéa de l'article 1609 sexdecies B du code général des impôts](#) ou qui proposent annuellement moins de 10 œuvres audiovisuelles autres que celles mentionnées au [cinquième alinéa de l'article 1609 sexdecies B du code général des impôts](#).

⁶⁸ CSA, Etude, 29 mai 2013, *Décision de qualification juridique des vidéos en libre accès sur les sites internet des radios en SMAD*

⁶⁹ CSA, délibération du 20 décembre 2011, *Protection du jeune public, à la déontologie et à l'accessibilité des programmes sur les services de médias audiovisuels à la demande*

⁷⁰ <http://www.csa.fr/Etudes-et-publications/Les-autres-rapports/Rapport-au-Gouvernement-sur-l-application-du-decret-n-2010-1379-du-12-novembre-2010-relatif-aux-services-de-medias-audiovisuels-a-la-demande-SMAD>

⁷¹ CSA, 2016 : *Les effets économiques du décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande*

⁷² CSA, Assemblée plénière, 12 juillet 2017, *Diffusion de bandes-annonces déconseillées aux moins de 10 ans en amont de dessins animés pour jeunes enfants sur MyTF1*

⁷³ V. not. Sénat, Rapport d'information n° 371 (2003-2004) *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel : Garantir les moyens d'une ambition* ; Commission d'enquête, Rapport n°126 (2015-2016) 28 octobre 2015, *Un État dans l'État : canaliser la prolifération des autorités administratives indépendantes pour mieux les contrôler*

Q2.2: Pour répondre à cette question, sensible, il convient de partir du droit français des médias qui se caractérise par son ambivalence : si la question de régulation publique des plateformes vidéo suscite de nombreux rapports, notamment du régulateur audiovisuel national⁷⁴, aucun texte récent intervenu dans le secteur audiovisuel ne fonde de façon expresse l'intervention du CSA⁷⁵, ce dernier se heurtant à leur statut de simples « hébergeurs », et non d'« éditeurs»⁷⁶.

Dès lors si les plateformes de vidéo tendent à être régulées, c'est par la voie d'autres textes – et d'autres modalités, régulateurs – n'ayant pas pour objectifs ceux spécifiques de la régulation des médias (déontologie, pluralisme, publicité et parrainage etc.). Il s'agit de textes soit sectoriels (ex. terrorisme⁷⁷), soit généraux comme la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 sur la « République numérique » consacrant notamment un principe général de loyauté des plateformes en ligne –dont celles de partage de vidéos. La difficulté est que le CSA est *a priori* exclu du contrôle prévu dans la loi au profit d'autres acteurs ou régulateurs publics.

Reste que le régulateur audiovisuel national tente néanmoins d'intervenir, même sans assise juridique explicite, pour répondre au besoin du public et des éditeurs historiques comme en témoignent les vœux de son Président en 2017 : « *Pas un jour ne se passe sans que nous soyons interpellés sur notre rôle de protection des publics, notamment des plus fragiles, sur les supports numériques (...) nous sommes souvent le réceptacle des indignations de nos concitoyens, qui ont le réflexe naturel de se tourner vers nous. Le public n'est d'ailleurs pas le seul à nous interpeller, puisque les éditeurs se plaignent à juste titre également des « asymétries » dans la régulation que nous opérons* »⁷⁸. Le CSA pour répondre à cette double attente a créé des groupes de réflexion (« Rencontres du CSA », « CSA Lab »), mais a aussi, pour la première fois, par une décision du 9 novembre 2016 appliqué le régime des SMAD à une plateforme vidéo en considérant l'opérateur comme un « éditeur du service ». Or, en raison de très nombreuses références à l'alcool dans le programme litigieux, le CSA a « mis en garde » l'opérateur contre le renouvellement d'un tel manquement⁷⁹, avec toutefois une efficacité plus que relative en pratique⁸⁰...

Dès lors, si l'extension du périmètre de la directive SMA aux dites plateformes s'inscrit dans une « bonne direction », elle présente aussi des risques car elle soulève de nombreuses interrogations qui actuellement ne sont pas résolues par le droit français :

- Quel est le niveau pertinent de régulation (national, européen)? Quel mode de régulation (publique et/ ou privée)? Quels seront les dispositifs de collaboration entre les diverses autorités de régulation compétentes (secteurs audiovisuel, des données personnelles, des communications électroniques mais aussi aspects concurrentiels) ? La

⁷⁴ CSA, 8 décembre 2016, *L'audiovisuel dans l'espace numérique : plateformes et données*

⁷⁵ V. not. Loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 *visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*

⁷⁶ Cf. art. 14 de la Directive 2000/31/CE et art. 6-I-2 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique*

⁷⁷ Article 20 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 *prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste*, ayant complété l'article 15 de la loi du 30 septembre 1986 mod.; v. aussi CSA, 25 octobre 2016, *Précautions relatives à la couverture audiovisuelle d'actes terroristes*

⁷⁸ <http://www.csa.fr/Espace-Presse/Interventions-publiques/Discours-d-Olivier-Schrameck-a-l-occasion-de-la-presentation-des-voeux-2017-du-Conseil>

⁷⁹ CSA, 9 novembre 2016, *"Les Recettes Pompettes by Poulpe"* sur YouTube

⁸⁰ V. not. l'insertion d'avertissement dans les vidéos : <https://www.youtube.com/watch?v=-yhobPj8DZc> ou <https://www.youtube.com/watch?v=r50WOoW95G8>

création d'une autorité de régulation nationale et/ou européenne de la communication serait-elle faisable ? acceptable en opportunité ?

- Quel doit être leur statut juridique (hébergeur, éditeur, ou *sui generis* ?)
- A quelles obligations doivent être tenus ces nouveaux opérateurs, et: obligations *sui generis*, plus souples que celles des médias traditionnels, ou alignement sur celles des SMAD ? Dès lors, quelles conséquences sur les obligations pesant sur les médias historiques ? Doivent-elles être « allégées » pour corriger les asymétries de régulation avec les nouveaux entrants, afin de favoriser une concurrence loyale (ex. proposition dans la révision de la directive SMA d'allègement des règles relatives aux communications commerciales) ?
- Au-delà des objectifs consensuels et *a minima* de protection des mineurs, et des règles relatives à la communication commerciale, *quid* des objectifs spécifiques de la régulation des médias dont la déontologie des médias et le principe de pluralisme (politique, social, culturel), la représentation de la diversité, le respect de la dignité humaine, l'égalité femmes-hommes etc (art. 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986), et notamment quel devenir pour les dispositifs juridiques de protection de la création artistique indépendante (quotas de production/ diffusion etc) ?

Ainsi, l'extension du périmètre de la directive SMA aux plateformes vidéo comporte des ambiguïtés car la logique de régulation qui prédomine demeure *a minima* – en raison du statut juridique ambigu des plateformes vidéo, à la croisée de différentes législations nationales et européennes- et ce processus s'accompagne d'une logique de dérégulation des médias historiques (révision des règles relatives à publicité et au parrainage). Or, il peut en résulter une « banalisation » des objectifs spécifiques de la régulation de médias ; à la régulation audiovisuelle s'ajoute en effet de plus en plus une régulation fondée sur d'autres objectifs, qui peuvent rejoindre celui du pluralisme culturel. Ainsi, la régulation concurrentielle peut indirectement participer de la régulation audiovisuelle, comme en témoigne notamment en droit français les décisions de l'Autorité de la concurrence relatives aux injonctions imposées au Groupe Canal Plus⁸¹.

Q2.3: La question de la compétence territoriale est essentielle pour la France qui s'est dotée d'un arsenal législatif et réglementaire visant à favoriser la diversité culturelle, à soutenir la création, qui engendre des obligations pour les opérateurs de services de médias audiovisuels auxquelles il peut être tentant d'échapper. Le maintien du principe du pays d'origine (PPO) sans aménagement présente ainsi le risque d'une concurrence inéquitable entre opérateurs établis en France et hors du pays et celui d'une remise en cause de l'efficacité du dispositif français. Le mécanisme prévu à l'heure actuelle par la directive

⁸¹ Décision n°17-DCC-92 du 22 juin 2017 portant réexamen des injonctions de la décision n°12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi SA et Groupe Canal <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/17DCC92versionpublication.pdf>. Cette décision s'inscrit dans un ensemble remontant à 2005. Lors de sa fusion avec son concurrent TPS, le groupe Canal Plus avait souscrit des engagements permettant à préserver la concurrence tant sur le marché amont de l'acquisition de certaines catégories de droits (œuvres cinématographiques acquises auprès des grands studios des Etats-Unis, œuvres d'expression française, droits sportifs notamment) que sur le marché aval de la distribution. Faute d'exécution de ces engagements, l'Autorité de la concurrence a enjoint en 2012, au regard des conditions de marché qui prévalaient alors, des mesures encadrant le comportement de Canal plus, sans cependant affecter les obligations à la charge du groupe de financement du cinéma français ou remettre en cause la chronologie des médias, qui ne relevaient pas de sa compétence. La décision de 2017 met à jour ces injonctions au regard des évolutions de marché depuis lors intervenues, notamment en ce qui concerne la vidéo à la demande (entrée d'Altice, Netflix et Amazon sur le marché)

SMA (article 4.2), qualifié de dispositif anti-contournement, qui permet à l'Etat membre de destination d'imposer des obligations aux opérateurs établis dans un autre Etat membre mais fournissant une émission télévisée destinée entièrement ou principalement à son territoire, apparaît à cet égard insuffisant. Ce dispositif est très complexe à mettre en œuvre et insuffisant pour répondre aux effets pervers du PPO.

Le législateur français a été plus ambitieux que la directive. Il a intégré ce mécanisme dans la loi du 30 septembre 1986 en l'étendant aux SMAD (article 43-10 de la loi du 30 septembre 1986 mod.⁸² et décret n° 2010-1593 du 17 décembre 2010⁸³) contrairement à ce que prévoit la directive, ce qui n'est pas approuvé par la Commission européenne⁸⁴. En outre, le dispositif en France vise à amener l'organisme délocalisé à respecter "l'ensemble de la législation française" et non seulement "les règles d'intérêt public général".

Pendant, même si l'introduction de ce mécanisme dans la directive SMA répond à des préoccupations notamment des autorités françaises⁸⁵, l'utilisation de ce dispositif est assez illusoire car, comme le note le CSA, il est difficile "d'établir que la programmation d'un service est "entièrement ou principalement" destinée au public français [...] ce pourquoi [le dispositif "anti-contournement"] n'a in fine jamais été mis en œuvre"⁸⁶. En tout état de cause, même si ce mécanisme peut servir à contraindre des opérateurs contournant la législation d'un Etat membre, il ne permet pas de couvrir toutes les hypothèses de *forum shopping* réglementaire et fiscal, le fournisseur choisissant l'Etat membre dans lequel les réglementations et la fiscalité sont les plus souples tout en diffusant ses services dans différents autres Etats membres. Cette hypothèse se pose tout particulièrement dans le cas des SMAD type SVOD dont la programmation est plus universelle et à même d'intéresser des publics divers de différents Etats membres que celle des services linéaires classiques.

Les autorités françaises ont montré leur désir de s'emparer de la question et de réagir en souhaitant étendre une taxe de 2%⁸⁷ sur les recettes générées par la vente et la location de vidéos et, par assimilation, la mise à disposition de services payants offrant l'accès à des œuvres cinématographiques et audiovisuelles sur demande individuelle aux fournisseurs de services payants de VOD établis hors de France (dite "taxe Netflix"⁸⁸) puis - en élargissant l'assiette de la taxe aux recettes publicitaires - aux plateformes gratuites permettant l'accès à

⁸² Article 43-10 : "Si un service de télévision ou un service de médias audiovisuels à la demande dont la programmation est entièrement ou principalement destinée au public français s'est établi sur le territoire d'un autre Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans le but principal d'échapper à l'application de la réglementation française, il est réputé être soumis aux règles applicables aux services établis en France, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat."

⁸³ JORF n° 0294 du 19 décembre 2010, texte n° 29, p. 22 368

⁸⁴ Voir P. Lescure, *Mission Acte II de l'exception culturelle, Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, mai 2013, Fiche A-9, p. 149

⁸⁵ Avant la révision de la directive en 2007, des cas probables de contournement n'ont pas pu être résolus, la France étant tenue de se soumettre aux critères de détermination de la compétence de l'Etat d'origine et au PPO (voir le cas de la société RTL 9 établie au Luxembourg (Conseil d'Etat, 25 novembre 1998, *Société CLT*, Rec. p. 443) et une décision du 9 mai 2006, par laquelle le CSA, saisi par le SPI (Syndicat des producteurs indépendants), la SACD et le CSPF (Chambre syndicale des producteurs de films), a estimé que la chaîne Fox Life, bien que diffusant en France, était bien établie en Italie, les décisions stratégiques étant adoptées dans ce dernier pays (<http://www.csa.fr/Espace-juridique/Decisions-du-CSA/Situation-de-la-chaine-Fox-Life-le-Conseil-repond-a-la-SACD-au-SPI-et-a-la-CSPF>).

⁸⁶ CSA, 3 novembre 2015, *Réponse à la consultation de la Commission européenne sur la directive Services de médias audiovisuels - Un cadre pour les médias du 21ème siècle*, p. 37, <http://www.csa.fr/%20csa/Le-CSA/Europe-et-international/Reponse-du-CSA-a-la-consultation-de-la-Commission-europeenne-sur-la-directive-Services-de-medias-audiovisuels-Un-cadre-pour-les-medias-du-21e-siecle>

⁸⁷ Portée à 10 % si le service propose des oeuvres à caractère pornographique ou incitant à la violence.

⁸⁸ Article 30 IV B de la loi de finances rectificative pour 2013 (loi n° 2013-1279 du 29 décembre 2013, JORF n° 0303 du 30 décembre 2013, texte n° 2, p. 21910)

des oeuvres cinématographiques et audiovisuelles (dite "taxe YouTube"⁸⁹). Ce type de mesure vise à déroger au PPO pour tenir compte du pays de destination, de "l'établissement du service"⁹⁰, et nécessite bien évidemment une approbation de la part de la Commission européenne qui semble à l'heure actuelle en avoir une approche assez favorable⁹¹. Ceci peut être salué malgré les limites de tels mécanismes (difficulté de recouvrement, caractère dérisoire des recettes...) et le manque d'ambition de la proposition de directive à ce propos (limitation aux SMAD et à l'obligation de contribution à la production).

Le PPO n'est pas remis en cause dans son principe, notamment par le CSA. Mais des aménagements sont requis et seraient bienvenus, en particulier un engagement plus fort de l'UE dans l'imposition de mesures plus volontaristes que celles envisagées (quotas notamment) en faveur de la diversité culturelle⁹².

Q2.4 et 2.5: Le paysage européen des « régulateurs » audiovisuels nationaux est extrêmement disparate. La numérisation des médias peut être à l'origine *a priori* d'un « pas en avant » *via* une harmonisation des pratiques nationales concernant leur « indépendance ». La question que l'on peut néanmoins se poser est de savoir si ce modèle de régulation est encore celui qui est adapté aux mutations du secteur. Cette consécration européenne n'est-elle pas trop tardive voire « dangereuse » pour la création d'un marché unique de l'audiovisuel numérique? Le droit des médias français témoigne de tous ces questionnements. Ainsi en est-il de la fragilité de la création - et du maintien - de l'existence d'un régulateur sectoriel indépendant en France. Depuis la suppression du monopole étatique en 1982⁹³, et la création de la première instance de régulation (HACA), pas moins de trois instances, toutes « indépendantes » en vertu de la loi, se sont succédées (HACA, CNCL⁹⁴, CSA⁹⁵) révélant les « pressions politiques » - et parfois « commerciales » - qui ont été exercées sur ces différentes instances, et leur quête difficile d'indépendance.

De même, la longévité du CSA, créée en 1989, ne doit pas masquer ses profondes mutations, car le CSA actuel -devenu en 2013 une autorité publique indépendante (API) dotée de la personnalité morale de droit public⁹⁶- n'est plus celui des origines : tant sa composition, que son organisation, son statut et ses pouvoirs ont été profondément modifiés par les textes, et ce notamment sous l'influence de la jurisprudence nationale et européenne sur l'indépendance et impartialité du CSA dans l'exercice de ses fonctions répressives⁹⁷. Le CSA

⁸⁹ Article 56 de la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016, *JORF* n° 0303 du 30 décembre 2016, texte n° 2

⁹⁰ Critère proposé par le rapport Lescure précité.

⁹¹ Dans sa proposition de révision de la directive SMA en mai 2016, la Commission propose de permettre aux Etats membres d'imposer à un SMAD établi dans un autre Etat membre mais ayant des clients sur leur territoire une obligation de contribution à la production d'oeuvres européennes à condition qu'une telle contribution ne soit pas déjà versée dans l'Etat d'origine ; voir aussi la décision de la Commission du 1er septembre 2016 autorisant ce type de taxes en Allemagne (<https://www.lesechos.fr/tech-medias/medias/030552474606-bruxelles-a-dit-oui-aux-taxes-youtube-et-netflix-2113639.php>)

⁹²<http://www.csa.fr/Etudes-et-publications/Autres-publications-syntheses-de-consultations-et-de-concertations-reponses-aux-pouvoirs-publics-comptes-rendus-de-missions-et-d-auditions-etc/Position-du-Conseil-superieur-de-l-audiovisuel-sur-la-proposition-de-la-Commission-europeenne-visant-a-reviser-la-directive-Services-de-medias-audiovisuels>

⁹³ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle

⁹⁴ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

⁹⁵ Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

⁹⁶ Loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public

⁹⁷ V. not. l'alignement du pouvoir répressif du CSA sur le modèle de l'Adlc par la loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 mod. l'article 42-7 la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986

a donc dans la période récente connu des fluctuations importantes, dont certaines ont pu être considérées comme des atteintes à son indépendance (2009), sur lesquelles des lois de 2013 sont revenues⁹⁸. Si le CSA dispose bien entendu d'une large compétence en matière de régulation, une interrogation se fait jour quant à la limitation de la portée de son pouvoir réglementaire⁹⁹, le juge constitutionnel ayant reconnu, de façon générale, une exclusivité réservée au Premier ministre par l'article 37 de la Constitution, qui ne peut faire l'objet au bénéfice de régulateurs indépendant que pour une délégation de portée limitée, tant dans son objet que par son contenu¹⁰⁰.

Si la révision directive SMA devrait permettre de consacrer le « modèle » d'une régulation sectorielle indépendante, elle devrait aller au-delà du simple « label » d'indépendance, pour en préciser le contenu car des libertés fondamentales sont en jeu, et constituent les bases de la démocratie (liberté d'expression, pluralisme politique etc). Le statut d'autorité publique indépendante acquis par le CSA en 2013 et 2017 et les lois organique et ordinaire n°2017-54 n°2017-55 du 20 janvier 2017 relatives aux autorités administratives indépendantes et aux autorités publiques indépendantes pourraient ainsi être d'une utile inspiration : garanties d'indépendance et d'impartialité, affirmation du principe de collégialité, de la réserve et du secret des délibérations, précision accrue de la procédure de nomination, des critères de compétence et des règles déontologiques (dépôt de déclarations d'intérêts et de patrimoine, avec contrôle interne et externe, incompatibilités électorales, contrôle des activités professionnelles des membres et anciens membres avec des règles d'incompatibilités professionnelles durant le mandat et au sortir du mandat), diversification des autorités de nomination, encadrement de la durée et de l'exercice du mandat (caractère non renouvelable, l'exercice à temps plein du mandat, l'interdiction du « cumul des mandats », notamment entre organismes de régulation), contrôle démocratique du Parlement de l'action du régulateur (ex. rapport annuel, publicité des avis), un contrôle juridictionnel indépendant et efficace de l'action du régulateur.

L'indépendance du régulateur audiovisuel suppose aussi par celle des services administratifs, dont les agents doivent aussi être soumis à des règles déontologiques définies par le régulateur (règlement intérieur, code de déontologie) ; le régulateur sectoriel doit donc bénéficier d'un statut juridique lui permettant une autotomie de gestion, comme celui d'API du CSA attribué en 2013.

In fine, une question se pose : cette carence de la directive SMA doit-elle être comblée ? En effet, l'utilité même d'un régulateur sectoriel audiovisuel en France est régulièrement posée en France, la fusion ou le rapprochement du CSA avec d'autres régulateurs sectoriels dont les champs de compétences se chevauchent (CSA, ARCEP, CNIL, HADOPI, CADA,...) étant

⁹⁸ La loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision avait retiré au CSA le pouvoir de nomination des dirigeants de l'audiovisuel public pour le confier au président de la République. Les lois ordinaire et organique relatives à l'indépendance de l'audiovisuel public, adoptées le 15 novembre 2013, ont réattribué cette compétence au CSA

⁹⁹ c'est-à-dire d'exécution des lois ou de réglementation dans des matières qui ne sont pas réservées au législateur, et n'affectent ainsi pas la liberté du commerce et de l'industrie

¹⁰⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 en vertu de laquelle la Constitution confère au « Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national ; que si elles ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en oeuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »

proposé¹⁰¹. Cela résulte de la convergence numérique et de la prédominance des logiques concurrentielles. La création d'un marché unique de l'audiovisuel européen numérique pourrait même être fragilisée par la consécration de l'indépendance du régulateur sectoriel, celui-ci pouvant apparaître comme un facteur de résistance par la prévalence donnée aux logiques non concurrentielles. D'autres pistes pourraient être envisagées, car les médias numériques supposent la recherche de nouvelles formes de régulation, reposant sur des logiques de « co- » ou « interrégulation » publiques -avec une approche « transversale» de la communication et un partenariat étroit avec le régulateur concurrentiel - et privées (auto-régulation des opérateurs). En outre, l'officialisation de l'ERGA par la révision de la directive SMA suppose aussi de garantir quant à son indépendance vis-à-vis des institutions européennes et nationales¹⁰².

Q2.6: La pratique de la publicité ciblée a été engagée en France par les opérateurs audiovisuels (nouveaux entrants et médias historiques dont TF1, *via* la *catch up tv*) suscitant des controverses sur la protection des données personnelles et de la vie privée. Les réponses des régulateurs (CSA, CNIL) ont été timides, en raison d'un hiatus entre l'état du droit français qui exclut la possibilité du ciblage dans les médias audiovisuels « classiques » (article 13 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992 modifié) et les pratiques des opérateurs, et notamment des nouveaux entrants. Les initiatives normatives des régulateurs demeurent encore limitées (Délibération CNIL ; CSA, Rapport, 4 novembre 2016 : *Les nouveaux territoires publicitaires : quels enjeux pour la télévision ?*), et ne reflétant pas de réelles coopérations –du moins officielles – des régulateurs, initiatives complétées par des acteurs privés (Recommandation ARPP ; Charte UFMD).

Le contexte législatif national relatif à la publicité digitale a récemment évolué (article 131 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques modifiant l'article 23 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publique pour les nouvelles pratiques des entreprises de la publicité digitale, qui orientent notamment les messages vers des destinataires ciblés en temps réel, dans le cadre d'enchères), et *via* le décret n° 2017-159 du 9 février 2017 relatif aux prestations de publicité digitale.

Ainsi, reste un régime juridique encore parcellaire, et qui pose la question du(des) régulateur(s) compétent(s) – et de leur coopération- pour en assurer le respect. La régulation nationale « éclatée » (publique : CNIL, CSA, et privée : ARPP) fonde la nécessité d'une harmonisation européenne (contrôle notamment) afin de conforter et développer des « bonnes pratiques » fondées sur une corégulation public/privé.

Q2.8: Les restrictions contractuelles qui confèrent une exclusivité à un distributeur ou un fournisseur sont la résultante de l'écosystème du financement des œuvres audiovisuelles.

Dans le domaine audiovisuel, à la différence de la musique, au demeurant déjà régie par un cadre européen récent, la directive 2014/26/UE, la demande portant sur des offres

¹⁰¹ V. not. les rapports parlementaires : P. Gelard, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, 2006 ; Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, *Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement*, 2010

¹⁰² V. not. l'article 30bis relatif à l'ERGA de la directive du Parlement européen et du Conseil COM(2016) 287 final modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché

transfrontalières ne porte que sur une proportion très réduite de contenu pour lesquels se justifie une exploitation à l'échelle paneuropéenne. Les acteurs du secteur devraient donc demeurer libres d'adapter leurs pratiques contractuelles à une demande qui comporte une forte dimension locale, liée aux goûts des consommateurs et à la maîtrise ou non des langues.

Les effets bénéfiques/pro-concurrentiels liés aux exclusivités territoriales sont largement documentés y compris par des études d'économistes renommés commandées par la Commission européenne elle-même (étude Charles Rivers Associates notamment) ou plus récemment par les titulaires de droits (étude Oxera). En effet, confier un droit d'exploitation exclusif à un distributeur lui permet d'entreprendre des efforts de promotion de l'œuvre sans craindre qu'un concurrent qui n'a pas supporté ces investissements n'en retire les fruits¹⁰³. De même, l'exclusivité territoriale permet de répondre à la diversité culturelle et à une logique d'amortissement des investissements et d'un bénéfice raisonnable eu égard aux risques pris. Enfin et surtout, l'exclusivité accordée au distributeur lui garantit des revenus suffisants pour qu'il accepte, à l'avance, de soutenir financièrement la création par le mécanisme des préventes. L'exclusivité permet en particulier de rémunérer le risque pris sur une œuvre qui n'est pas d'emblée promise à une audience de portée mondiale.

Pour prendre l'exemple du Royaume-Uni, étudié dans l'analyse d'Oxera, à peine 6,6% des films indépendants produits sont rentabilisés à hauteur de deux fois leur budget de tournage deux ans après leur sortie en salle. Les pré-ventes, que seule l'exclusivité territoriale garantit, représentent plus de 50% des financements de *the Cut*, 45% de *The Lobster*, 28% de *Amour*.

C'est la raison pour laquelle, tout en remédiant aux difficultés de portabilité d'un abonnement pour un public peu nombreux mais fortement demandeur, le consommateur qui se déplace très régulièrement (résidents transfrontaliers, personnes qui font régulièrement des déplacements intra-européens) et ne peut en bénéficier pleinement alors qu'il souscrit un abonnement légal dans son pays d'origine, il serait risqué, pour les œuvres ne touchant qu'un public essentiellement national, pour des raisons culturelles et linguistique, de remettre en cause la portabilité des droits. En revanche, la portabilité temporaire peut être consentie sans déstabiliser les circuits de financement car le consommateur reste ciblé par les efforts de promotion dans son pays d'origine.

Pour tracer cette limite, un contrôle régulier est nécessaire, dans le respect des législations européennes et nationales sur la protection des données. Les données en question ne sont pas celles de la localisation précise de l'abonné, ce qui constituerait en effet une ingérence disproportionnée ; le critère retenu serait purement "binaire" : l'abonné accède-t-il à l'offre à partir de son Etat membre de résidence ou d'un autre Etat?

¹⁰³ Le distributeur est ainsi incité à assurer une promotion adéquate de l'œuvre, tenant compte des spécificités culturelles locales, sur son territoire exclusif. En effet, les produits culturels sont des biens d'expérience, et la demande doit être stimulée par des efforts de contextualisation qui donneront au public envie de découvrir l'œuvre. En outre, dans le secteur audio-visuel, et plus encore pour les films d'auteur, le succès commercial d'une œuvre dépend largement des efforts d'adaptation au marché local, notamment par le doublage/sous-titrage et une promotion adaptée au contexte culturel. Il y a peu d'économies d'échelle à opérer ces efforts à une dimension multinationale. Les investissements se font donc à l'échelle nationale (voire à l'échelle d'une zone linguistique regroupant quelques pays), et les licences sont accordées sur une base exclusive nationale.

3. Données dans l'économie numérique

Q4.1: La réforme de la protection des données personnelles s'est accompagnée en France de travaux de réflexion préalables ([étude annuelle du Conseil d'Etat de 2014 sur le Numérique et les droits fondamentaux](#)¹⁰⁴, rapport au Président de l'Assemblée nationale de la [commission de réflexion sur le droit et libertés à l'âge numérique](#) en octobre 2015), et de premières étapes législatives avec l'adoption de la [loi précitée pour une République Numérique](#) du 7 octobre 2016, à l'issue d'un processus d'adoption original incluant une consultation participative. Elle a anticipé l'adoption du RGPD en incluant notamment une première référence au droit à l'oubli numérique, un droit à la portabilité des données et une augmentation des pouvoirs de l'autorité de protection des données la CNIL (notamment le montant des sanctions qu'elle peut infliger en attendant l'application du RGPD). En outre, l'article 65 de cette loi prévoyait la remise d'un rapport le 30 juin 2017 pour préparer les modifications nécessaires de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Enfin, la préparation de l'entrée en vigueur du RGPD a fait l'objet d'une mission d'information qui à la suite d'auditions a rendu [un rapport](#)¹⁰⁵ [sur les incidences des nouvelles normes européennes en matière de protection des données personnelles sur la législation française adopté le 22 février 2017](#). Ce document comporte une première analyse de la réforme européenne de la protection des données personnelles et des mesures nationales à prendre qu'elle implique. Un projet de loi devrait être prochainement déposé au Parlement.

Mis en forme : Français (France)

Code de champ modifié

Mis en forme : Français (France)

Code de champ modifié

Mis en forme : Français (France)

Code de champ modifié

Mis en forme : Français (France)

Mis en forme : Français (France)

Code de champ modifié

Mis en forme : Français (France)

Q4.2. Plusieurs enquêtes circulent attestant globalement que toutes les entreprises ne sont pas prêtes. Selon [le livre Blanc](#)¹⁰⁶ [publié en juin 2017 par IDC](#) « 9% d'entre elles se disent aujourd'hui conformes aux dispositions du GDPR. Elles sont par ailleurs 19% à planifier les initiatives à mettre en place pour être conforme avant la fin 2017 tandis que 30% ont prévu les actions nécessaires pour une mise en conformité courant 2018. En définitive, près d'1 entreprise sur 2 (42%) prend tout juste conscience de l'existence du GDPR et du calendrier associé sans avoir véritablement commencé à lancer des initiatives. Ce phénomène est encore plus important au sein des PME (entreprises disposant de 500 à 1 000 collaborateurs) et des entreprises du secteur privé qui sont respectivement 47% et 46% à "découvrir" les dispositions prévues par le GDPR. ». La plupart des entreprises doutent de leur capacité à être en conformité avec le RGPD d'ici mai 2018. « Seules 28% des structures interrogées estiment qu'elles le seront sans aucun doute possible tandis qu'à l'opposé, 27% ont la quasi-certitude qu'elles ne pourront pas l'être. Entre les deux extrêmes, 44% espèrent être le plus alignées possible sans pour autant avoir la conviction d'y arriver ». Ces études ou prises de position alarmistes peuvent néanmoins être orientées car elles sont le plus souvent réalisées, soit par des cabinets d'avocats, soit par des entreprises impliquées dans le conseil pour se mettre en conformité avec le RGPD.

Lors de conférences publiques, la CNIL (Commission Nationale Informatique et Liberté, autorité française de contrôle) signale régulièrement le retard pris par les entreprises pour préparer la mise en conformité.

Q4.3: Parmi les nombreuses questions qui font débat on retiendra :

- Celle de savoir si le RGPD permet véritablement de répondre à ses objectifs notamment est-il adapté aux usages et à la technologie

¹⁰⁴ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000541.pdf>

¹⁰⁵ [http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/rap-info/i4544/\(index\)/rapports-information](http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/rap-info/i4544/(index)/rapports-information)

¹⁰⁶ <http://www.juniper.net/assets/fr/fr/local/pdf/whitepapers/idc-gdpr-etude-france-2017.pdf>

- Celle des atteintes potentielles des personnes liées au ciblage, profilage. L'installation par exemple des compteurs électriques intelligents Linky a donné lieu à une vaste campagne en vue du dépôt [d'une action de groupe](#) fondée notamment sur les risques au regard de la protection de la vie privée que présenteraient en temps réel la connaissance détaillée de leur consommation électrique. (des enjeux de santé publique sont aussi évoqués).
- D'autres questions font l'objet de débats doctrinaux :
 - o Faut-il ou non un droit des robots ?
 - o Doit-on organiser un régime de propriété des données ?

Q4.4: La France constitue le pays dans lequel les requêtes de demande déréférencement sont les plus importantes, (130 536 demandes, 48,7% d'URL supprimées au 12 juillet 2017). Il existe une dizaine d'affaires juridictionnelles connues concernant le droit à l'oubli. Pour plus d'information cf. O. Tambou, Trois enseignements à tirer de la mise en œuvre juridictionnelle de l'arrêt Google Spain en France, e-conférence sur le droit à l'oubli en Europe et au-delà, Mai 2017, *Blogdroiteuropeen*, accessible à <http://wp.me/p6OBGR-23Z>

Le juge judiciaire français est l'arbitre des conflits de déréférencement entre les moteurs de recherche et des particuliers. Une première série de litiges porte sur des refus de Google de déréférencer certaines URL qui ont été examinés en référé par des Tribunaux de Grande Instance (TGI). Chacune de ces ordonnances citent explicitement l'arrêt Google Spain. La plupart estiment que le refus de Google de faire droit au déréférencement demandé par le requérant n'était pas justifié par le droit à l'information légitime du public. Dans ces cas, le juge adresse une injonction de déréférencement à la société Google Inc. et non à la société Google fr. La compétence du juge des référés est néanmoins subordonnée à l'existence d'une demande de déréférencement préalable auprès du moteur de recherche.

Une seconde série d'affaires atteste que le juge judiciaire est le juge protecteur des organes de presse. Le juge judiciaire, et en particulier, la Cour de Cassation considère que la liberté de la presse s'oppose à l'existence d'une obligation des organes de presse de pratiquer un déréférencement dans le moteur interne de leurs archives, voire de supprimer toutes les données personnelles présentes dans celles-ci par un processus d'anonymisation). L'expérience française atteste qu'agir contre un site de presse plutôt que contre un moteur de recherche est plus aléatoire.

De son côté, le Conseil d'État a adressé à la CJUE deux séries de questions préjudicielles (voir supra). La première concerne la portée de l'obligation de déréférencement pesant sur les moteurs de recherche notamment à l'égard de données sensibles et relatives aux condamnations pénales ou aux mesures de sûretés, la [seconde question préjudicielle](#) étant relative à la portée géographique du déréférencement. Elle s'inscrit dans le contexte de la réponse apportée par la Cour suprême du Canada rendue le 28 juin 2017 dans l'affaire Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.¹⁰⁷ par laquelle les juges ont demandé un déréférencement mondial à Google.

¹⁰⁷ <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/16701/index.do>.