

Avis n° 2021-0531
de l’Autorité de régulation des communications électroniques, des postes
et de la distribution de la presse
en date du 30 mars 2021
sur le projet de loi relatif à la protection de l’accès du public aux œuvres
culturelles à l’ère numérique et le projet de loi organique modifiant la loi
organique n° 2010-837

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

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

Vu le code des postes et des communications électroniques, notamment ses articles L. 33-1 et L. 36-5 ;

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

Après en avoir délibéré le 30 mars 2021,

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

Par un courrier en date du 10 mars 2021, la ministre de la culture a sollicité l’avis de l’Autorité sur un projet de loi relatif à la protection de l’accès du public aux œuvres culturelles à l’ère numérique et sur un projet de loi organique modifiant la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l’application du cinquième alinéa de l’article 13 de la Constitution.

Au vu des missions qui lui sont dévolues par le législateur, l’Arcep n’a pas d’observations particulières sur le projet de loi organique.

L’Arcep relève que le projet de loi ne reprend pas les dispositions qui figuraient dans le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l’ère du numérique relatives à la désignation de membres croisés entre les collèges respectifs de l’Arcep et de l’Arcom – autorité issue de la fusion du Conseil supérieur de l’audiovisuel (CSA) et de la haute autorité pour la diffusion des œuvres et des droits sur internet (HADOPI) – dispositions qui étaient complétées par l’instauration d’un mécanisme de règlement des différends commun aux deux autorités. Elle se félicite de cette évolution qui répond aux préoccupations qu’elle avait exprimées dans son avis n°2019-1525 sur le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l’ère du numérique. Elle souligne par ailleurs que CSA et l’Arcep ont développé de manière volontaire et

effective des coopérations concrètes dans le cadre d'une convention signée entre les deux autorités le 2 mars 2020. Elles ont ainsi créé un « pôle numérique commun », adopté un programme d'étude conjoint et réuni les deux collèges en réunion plénière. De même, répondant à la demande du Gouvernement, elles sont mobilisées dans le suivi du protocole d'engagement relatif à la protection des mineurs contre l'exposition aux contenus pornographiques.

L'Arcep se concentrera, en conséquence, dans le présent avis, sur les dispositions du projet de loi qui traitent du blocage par les fournisseurs d'accès à internet de l'accès au contenu illicite.

1 Lutte contre les sites miroirs portant atteinte aux droits d'auteur et droits voisins

Le projet de texte (article 1, 22°) permet à l'Arcom, dans certaines conditions¹, de demander à toute personne susceptible d'y contribuer, aux fournisseurs d'accès à internet ainsi qu'à tout fournisseur de noms de domaine, de bloquer l'accès à tout service de communication au public en ligne donnant accès aux contenus jugés illicites par une décision judiciaire.

En fonction des modalités retenues pour la mise en œuvre de ce texte, le fournisseur d'accès à internet (ci-après FAI)² pourrait se voir imposer une obligation de surveillance disproportionnée.

Les FAI pourraient en effet être soumis à une obligation de blocage de tout service de communication au public en ligne donnant accès aux contenus jugés illicites par une décision de justice alors même que ne seraient transmis aux FAI que ces contenus. Une telle obligation apparaît en pratique techniquement irréaliste et sa proportionnalité soulève donc de fortes interrogations (impossibilité probable dans le cas général pour le FAI d'identifier tous les cas de mise à disposition du contenu jugé illicite, limitations intrinsèques au fonctionnement du réseau du FAI, présence de trafic chiffré opaque pour le FAI etc.).

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

Enfin, la compatibilité de ces dispositions avec le règlement européen sur l'internet ouvert³ est contestable. En effet, si le règlement prévoit bien que les FAI peuvent déroger à l'interdiction d'appliquer des mesures de gestion de trafic, dont font partie les mesures de blocage, pour répondre à des obligations issues d'une législation nationale, il prévoit que ces obligations doivent être proportionnées⁴. Or pour les raisons exposées ci-avant, la proportionnalité des mesures envisagées pose fortement question.

A cet égard, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et la pédopornographie, a été retenu un dispositif prévoyant que les FAI sont tenus d'empêcher par tout moyen l'accès aux services qui leur sont indiqués au moyen d'une liste d'adresses électroniques qui comprend notamment les noms de domaine.

¹ Lorsqu'une décision judiciaire passée en force de chose jugée interdit la reprise totale ou partielle d'un contenu portant atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin, et lorsque l'ARCOM est saisie par un titulaire de droits partie à la décision judiciaire ou son représentant.

² Comme le fournisseur de noms de domaine

³ Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant les mesures relatives à un internet ouvert

⁴ Considérant 13 du règlement européen

Aussi, le dispositif prévu dans le cadre du présent article pourrait utilement s'inspirer de ces mesures à la fois pour les raisons évoquées supra mais aussi pour éviter la multiplication de pratiques hétérogènes en matière de filtrage ou de blocage.

2 Lutte contre la retransmission illicite de manifestations et compétitions sportives

Le projet de texte (article 3) dispose que le président du Tribunal judiciaire peut ordonner à toute personne susceptible d'y contribuer, et notamment aux FAI de bloquer l'accès à tout service en ligne diffusant sans autorisation les compétitions ou manifestations sportives.

Bien que les modalités concrètes de mise en œuvre de ces dispositions soient différentes de celles évoquées au point 1 ci-dessus (décision du président du Tribunal judiciaire et non de l'Arcom), les obligations qui pèseraient sur les fournisseurs d'accès à internet dans le cadre de ce dispositif seraient très similaires. Ces dispositions appellent en conséquence les mêmes remarques que celles présentées au point 1 ci-dessus.

3 Conclusion

L'Autorité attire l'attention du Gouvernement sur la nécessité d'encadrer l'obligation de blocage, d'une part, des contenus illicites portant atteintes aux droits d'auteur et droits voisins, et, d'autre part, des retransmissions illicites de manifestations et compétitions sportives qui pourraient être amenées à peser sur les FAI afin que celles-ci demeurent proportionnées, eu égard notamment au règlement européen sur l'internet ouvert.

Le présent avis sera transmis à la ministre de la culture.

Fait à Paris, le 30 mars 2021,

La Présidente

Laure de La Raudière