

N°48 – NOVEMBRE 2021

Le Bulletin d'actualité en droit des régulations



MASTER 2 DERE (DROIT DE L'ÉCONOMIE ET DE LA
RÉGULATION EN EUROPE)

Sciences Po Strasbourg

4 **GOOGLE SHOPPING**
TUE, 20/11/21, T-612-17 : victoire pour l'UE dans son bras de fer contre les GAFAM
Mathilde Tanguy

9 **FAILLITE D'ALITALIA**
Aide d'Etat illégale et récupération : épilogue de l'affaire Alitalia/ITA
Louis Thepaut

14 **TELECOMMUNICATIONS**
Attribution des fréquences de la bande cœur de la 5G : le Conseil d'État met fin au contentieux sur fond de craintes environnementales et sanitaires
Paul Guinard

20 **AUDIOVISUEL**
La protection des œuvres audiovisuelles et cinématographiques à l'ère du numérique : un enjeu phare de la modernisation du droit français de la régulation audiovisuelle
Camille Béasse



Éditorial

En ce mois de novembre 2021, les étudiants du Master DERE vous proposent de revenir sur des sujets d'actualité variés, au carrefour des différentes pratiques en droit de la concurrence et de la régulation. Les quatre analyses proposées portent sur des sujets structurants et ont fait l'objet d'une attention médiatique particulière, tant pour leurs conséquences dans leurs secteurs respectifs que pour leurs implications socio-politiques.

En matière de droit de la concurrence, le début du mois de novembre a ainsi été marqué par le très attendu arrêt Google Shopping du Tribunal de l'Union européenne, occasion pour ce dernier d'éclaircir cette affaire aux conséquences décisives dans la bataille qui oppose la Commission européenne au géant du numérique. Ce nouveau numéro sera également l'occasion de revenir sur les conséquences de la crise sanitaire sur les politiques en matière d'aides d'État à la lumière de la saga

Alitalia, première compagnie aérienne d'Italie, largement fragilisée par la crise sanitaire et ayant été contrainte de cesser toutes ses activités à compter du 14 octobre dernier. En matière de régulation des télécommunications, le Conseil d'État a rendu ce mois-ci un arrêt décisif dans l'affaire relative à l'attribution des fréquences de la bande cœur de la 5G : l'occasion pour les juges du Palais Royal de clore un chapitre mouvementé débuté en 2019. Enfin, dans le cadre de la création de l'ARCOM par la loi du 25 octobre 2021, nous nous arrêterons le temps d'un article sur les débats relatifs à l'exception culturelle française et questionnerons son éventuel antinomisme avec une politique de promotion des œuvres audiovisuelles et cinématographiques européennes.

Le bureau de l'ADERE et l'ensemble des étudiants du Master vous souhaitent une bonne lecture !

Emma LUX
Responsable publication

Jules ROUGRAFF
Président de l'ADERE





CONCURRENCE

TUE, 10 novembre 2021, Google et Alphabet c/ Commission (Google Shopping), affaire T-612-17 : une victoire pour l'UE dans son bras de fer contre les GAFAM
Par Mathilde TANGUY.....p.4

AIDES D'ÉTAT

Aide illégale et récupération : épilogue de l'affaire Alitalia/ITA
Par Louis THEPAUT.....p.9

RÉGULATION SECTORIELLE

Attribution des fréquences de la bande cœur de la 5G : le Conseil d'État met fin au contentieux sur fond de craintes environnementales et sanitaires
Décision n° 446302 du 6 octobre 2021
Par Paul GUINARD..... p.14

La protection des œuvres audiovisuelles et cinématographiques à l'ère du numérique : un enjeu phare de la modernisation du droit français de la régulation audiovisuelle
Par Camille BEASSE.....p.20



L'ensemble de ces articles ont été rédigés par les étudiants du Master 2 DERE.
L'ADERE en détient la propriété.



Jules Rougraff
Président de l'ADERE



Emma Lux
Responsable publication

Rédaction en chef



Mathilde Tanguy



Paul Guinard

Auteurs



Louis Thépaut



Camille Béasse



TUE, 10 novembre 2021, Google et Alphabet c/ Commission (Google Shopping), affaire T-612- 17 : une victoire pour l'UE dans son bras de fer contre les GAFAM

Mathilde TANGUY

Par un arrêt du 10 novembre 2021¹, le Tribunal de l'Union européenne rejette pour l'essentiel le recours de Google LLC (ci-après Google) et de sa société mère, Alphabet Inc (ci-après Alphabet) et confirme l'amende de 2,42 milliards d'euros qui leur a été infligée par la Commission². Dans leur recours devant le Tribunal, Google et Alphabet demandaient l'annulation d'une décision de la Commission du 27 juin 2017 relative à la procédure d'application de l'article 102 du TFUE (qui interdit les abus de positions dominantes) et de l'article 54 de l'accord EEE, ainsi que la suppression ou la réduction du montant de l'amende qui leur était infligée. Ladite décision portait sur l'un des services de recherche spécialisée du moteur de recherche

Google qui permet la comparaison de produits en vue d'un achat³. La Commission a considéré que le traitement plus favorable accordé aux liens renvoyant à ses propres services de recherche spécialisée sur les pages de résultats généraux de Google, par rapport aux liens renvoyant aux services de recherche spécialisée concurrents, constitue un abus de position dominante.

L'affaire *Google Shopping* présentait des enjeux importants pour la Commission européenne et sa commissaire à la concurrence Margrethe Vestager, qui poursuivent leur bras de fer contre les GAFAM suite à l'annulation d'une décision de la Commission visant Apple en 2020 qui dénonçait les avantages fiscaux dont la marque à la pomme avait bénéficié en Irlande⁴. Le verdict du Tribunal de l'UE, pouvant encore faire l'objet d'un recours devant la CJUE, envoie un signal clair : une volonté de responsabilisation des géants du numérique qui sont actuellement dans le viseur de la Commission dans le cadre de plusieurs procédures en cours⁵.

Cet arrêt de 80 000 mots introduit notamment le concept de « super-dominance »⁶ qui est associé au principe général d'égalité de traitement pour renforcer la responsabilité de Google de ne pas faire obstacle au maintien ou au développement de la concurrence. Le raisonnement innovant du Tribunal, basé sur le principe général de l'article 102 du TFUE, aura sans doute une portée importante dans l'appréciation future du concept d'abus de position dominante dans des affaires visant les GAFAM mais aussi dans l'adoption des règlements du *Digital Services Act* et du *Digital Markets Act*⁷.

¹ Tribunal de l'UE, 10 novembre 2021, *Google et Alphabet c/ Commission (Google Shopping)* (T-612/17).

² Commission européenne, décision du 27 juin 2017 - *Moteur de recherche Google (Shopping)* (AT.39740).

³ Google a développé plusieurs services de recherche spécialisée comme des services d'actualité, des comparateurs de vols, ou des services visant à l'achat de produits. Les services de comparaison de produits ne vendent pas eux-mêmes les produits mais comparent et sélectionnent des offres de vendeurs pour le produit recherché.

⁴ Tribunal de l'UE, 15 juillet 2020, *Irlande/Commission* (T-778/16) et *Apple Sales International et Apple Operations Europe c/ Commission* (T-892/16).

⁵ La décision *Google Shopping* est la première d'une série de décisions, pour lesquelles Google a fait appel, constatant que Google a abusé de sa position dominante dans le domaine de la recherche, et usé de pratiques anticoncurrentielles dans l'exploitation de Google Android (2018) et dans les annonces AdSense (2019).

⁶ Point 180. Le concept de « super-dominance » n'avait jamais été utilisé par le Tribunal. Il avait cependant été utilisé par l'avocat général Fenelly dans l'affaire *Compagnie Maritime Belge* (1998).

⁷ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (*Digital Markets Act*), COM/2020/842 final; Proposal for a

Le raisonnement de la Commission européenne partiellement validé par le Tribunal de l'UE, confirmant l'abus de position dominante de Google

Par une décision du 27 juin 2017, la Commission a constaté que Google a abusé de sa position dominante sur le marché de la recherche générale sur Internet dans 13 pays de l'Espace économique européen⁸, ce qui constitue une violation de l'article 102 du TFUE. La Commission avait exposé deux facteurs pour démontrer la position dominante qui sont à la fois le volume important de parts de marché stables détenues par Google, et le faible volume des parts de marché de ses concurrents⁹. Google ne conteste d'ailleurs pas être en position dominante sur les 13 marchés nationaux visés par la Commission dans son recours devant le Tribunal.

Cependant la position dominante d'une entreprise, même lorsqu'elle est d'une taille importante comme Google, ne suffit pas pour caractériser une infraction¹⁰. En effet, le Tribunal rappelle qu'il faut identifier en quoi une entreprise a usé de sa position dominante « *pour recourir à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale* » afin de caractériser une exploitation abusive¹¹. Or en l'espèce, la grande chambre constate que Google favorise son propre comparateur de produits sur ses pages de résultats de recherche générale par une présentation et un positionnement privilégié, au détriment des résultats des comparateurs concurrents, ceci en utilisant des algorithmes de classement. Google

s'écarterait ainsi de la « concurrence par le mérite »¹².

Plus particulièrement, le Tribunal s'appuie sur une obligation générale d'égalité de traitement appliquée dans le secteur des télécoms¹³, qui est ici étendue aux firmes en position dominante pour constater le caractère abusif de la pratique de Google¹⁴. Les trois affaires invoquées pour justifier l'application du principe d'égalité de traitement, qui impose que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale sans justification, concernent également des situations de domination exclusive¹⁵. Le Tribunal estime, en l'espèce, que Google applique un traitement différencié en fonction de l'origine des résultats en favorisant les résultats de son propre comparateur au détriment de ceux des comparateurs concurrents au lieu de favoriser un meilleur résultat qu'un autre.

Ainsi, le Tribunal de l'UE s'accorde avec la Commission pour constater un abus de position dominante sur le marché des services de la comparaison de produits puisque l'influence de Google sur les résultats de recherche générale a pour effet d'affaiblir la concurrence. Cette pratique est susceptible de provoquer, à termes, des effets néfastes sur le choix des consommateurs et l'innovation sur le marché concerné. Cependant, le Tribunal considère que la Commission n'a pas établi que la pratique de Google a des effets anticoncurrentiels sur le marché de la recherche

regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act).

⁸ Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, France, Italie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République Tchèque, Suède.

⁹ Point 54 de l'arrêt.

¹⁰ Fiches thématiques sur l'Union européenne. Site officiel du Parlement européen. Disponible sur : https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/82/politique-e-de-concurrence#_ftnref6

¹¹ Point 161 de l'arrêt.

¹² Point 185 de l'arrêt.

¹³ Botta, M., 2021, "Summary EU General Court ruling in Google Shopping (T-612/17)", Florence Competition Programme. À cet égard, l'article 3(1) du Règlement (UE)

2015/2120 du 25 novembre 2015 relatif aux mesures concernant l'accès à un internet ouvert, qui concerne le secteur des télécommunications, précise que « *dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet, les fournisseurs de services d'accès à l'internet traitent tout le trafic de façon égale et sans discrimination, restriction ou interférence* ».

¹⁴ Point 155 de l'arrêt.

¹⁵ GT-Link, C-242/95 (droits portuaires discriminatoires imposés par une entreprise publique), *Aéroports de Paris v Commission*, C-82/01 (taxes discriminatoires imposées par une entreprise publique) and *Irish Sugar v Commission*, T-228/97 (rabais discriminatoire à l'exportation).

générale et annule donc le constat d'infraction pour ce marché.

Toutefois, le Tribunal confirme le montant de la sanction financière infligée par la Commission du fait du caractère sérieux et intentionnel de l'infraction, alors que la Commission avait laissé ouverte la possibilité d'un comportement négligeant¹⁶. En effet, il estime que Google était consciente de sa position dominante sur le marché de la recherche générale ainsi que de l'importance de ses pages de résultats généraux pour les services de comparaison de prix. Ainsi, si l'annulation de la partie de la décision de la Commission portant sur le marché des services de recherche générale pouvait mener à une réduction de l'amende, le caractère intentionnel des pratiques anticoncurrentielles alléguées à Google a milité en faveur de son augmentation¹⁷. Dès lors, la grande chambre demeure intangible face aux potentielles justifications objectives avancées par Google et Alphabet, et conserve le montant de la sanction financière décidé initialement par la Commission.

L'affaire *Google Shopping* révèle la capacité d'adaptation du juge de l'UE face à de nouvelles formes de comportements abusifs émanant d'un nombre restreint d'opérateurs qui structurent l'économie du numérique¹⁸. Le raisonnement innovant du Tribunal pose un cadre de référence pour l'application du droit de la concurrence à ces pratiques d'un nouvel ordre tout en soulignant le caractère indispensable du moteur de recherche générale de Google, le rapprochant d'une facilité essentielle.

Une responsabilisation singulière renforcée par la position « super-dominante » de Google sur le marché de la recherche générale

Le Tribunal de l'UE tend à responsabiliser plus largement les géants du numérique, ce qui transparait notamment derrière la nouvelle notion de « super-dominance » qui impose une obligation renforcée en l'espèce. De manière surprenante, l'arrêt *Google Shopping* analyse la « normalité » des pratiques de Google au regard de son positionnement initial et interroge la raison d'être de sa plateforme de recherche générale, concluant ainsi que la pratique litigieuse « ne correspond pas à l'objet attendu d'un service de recherche générale »¹⁹.

Selon une jurisprudence constante, le Tribunal estime que Google, du fait de sa position dominante, était particulièrement tenue d'empêcher que sa conduite ne fausse le jeu de la concurrence sur le marché en cause²⁰. Cette responsabilité signifie que des conduites d'une entreprise en position dominante peuvent être considérées comme illégales alors qu'elles ne le seraient pas venant d'une entreprise sans position dominante²¹. Cependant, la caractérisation de l'abus, en l'espèce, repose sur des faits propres à cette affaire puisque le raisonnement du Tribunal ne signifie pas que toute forme d'auto-référencement par une entreprise dominante constitue un abus²². En effet, c'est précisément la combinaison du caractère « super-dominant » de Google et la présence de barrières à l'entrée sur le marché visé, cumulée à une différence de traitement, qui revêt un caractère abusif. Ainsi, cet arrêt innove en introduisant la notion de « super-dominance »²³ qui n'est pas prévue par le traité, mais

¹⁶ Point 702 de l'arrêt.

¹⁷ Clifford Chance, 2021, "The Google shopping European Court judgement and its wider implications".

¹⁸ Masmi-Dazi, F. (10 nov 2021), « Google Shopping : le Tribunal de l'Union sonne le glas d'une ère d'outrance numérique », *Dalloz Actualité*.

¹⁹ Point 184 de l'arrêt.

²⁰ Point 150 de l'arrêt.

²¹ Fiches thématiques sur l'Union européenne. Site officiel du Parlement européen. Disponible sur : https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/82/politique-e-de-concurrence#_ftnref6

²² Clifford Chance, 2021, "The Google shopping European Court judgement and its wider implications".

²³ Point 180 de l'arrêt.

renforce encore d'avantage la responsabilité particulière pesant sur Google²⁴.

Dans une approche presque philosophique, la grande chambre appuie son raisonnement sur la « raison d'être » des moteurs de recherche générale, en expliquant qu'ils se doivent d'être ouverts à tous les contenus du fait de leur vocation universelle²⁵. L'arrêt met ainsi en lumière le rôle incontournable de passerelle vers l'Internet joué par Google tout en soulignant le caractère indispensable de cette plateforme pour le fonctionnement de certains marchés dans le secteur du numérique. De cette observation générale sur le fonctionnement des moteurs de recherche, le Tribunal conclut que la pratique de Google, qui privilégie ses propres résultats spécialisés par rapport aux résultats des tiers, est anormale car correspond à l'inverse du modèle économique faisant son succès initial, reposant précisément sur une ouverture à tous les contenus²⁶. Cet examen, laissant supposer le caractère anticoncurrentiel de la pratique litigieuse, provoque le transfert de la charge de la preuve à l'entreprise en position dominante, qui doit se justifier au regard du droit de la concurrence²⁷. Le Tribunal rappelle, par ailleurs, qu'il suffisait à la Commission de démontrer les potentiels effets anticoncurrentiels de ses pratiques sur le marché pertinent pour constituer l'infraction²⁸, semblant ainsi sceller l'issue de sa décision dans un sens défavorable à Google.

L'arrêt *Google Shopping* semble montrer, à travers l'introduction de la notion de « superdominance », que la responsabilité supportée par les géants du numérique de garantir une concurrence libre et non faussée est corrélée à leur puissance de marché. Finalement, ce raisonnement semble

légitimer la position de Google et des GAFAM comme « gardiens » et responsables du bon fonctionnement de la sphère du numérique, faisant écho à leur qualification de « *gatekeepers* » dans le projet de règlement du *Digital Markets Act*²⁹.

Les enjeux de la caractérisation de l'abus à l'heure des négociations portant sur la régulation des géants du numérique

L'arrêt rendu par le Tribunal de l'UE est susceptible d'influencer l'application future de l'article 102 du TFUE, dont elle fait une interprétation extensive, mais aussi l'encadrement des activités des *gatekeepers* du numérique, en encourageant la Commission et les autorités nationales de concurrence à constater de nouveaux abus de position dominante en se basant sur le principe général de l'article 102 du TFUE.

L'arrêt considère notamment qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte des potentiels effets positifs de la pratique sur les utilisateurs pour apprécier son caractère anticoncurrentiel, ni de satisfaire aux conditions d'abus similaires déjà établies. En effet, en vertu de l'arrêt *Bronner* de 1998³⁰, les critères permettant d'établir qu'un refus de fourniture est abusif exigent notamment que l'accès à l'infrastructure de l'entreprise dominante soit indispensable à la concurrence. Cependant, bien que l'affaire porte sur les conditions de fourniture, par Google, de son service de recherche générale, le Tribunal estime que toute question d'accès ne nécessite pas obligatoirement d'établir un refus de fourniture en appliquant les critères *Bronner*. Ces critères ne seraient applicables qu'en cas d'un refus manifeste d'accès à une facilité essentielle tandis que l'exploitation abusive

²⁴ Prof. Nicolas Petit, 16 Nov. 2021, "Legal Analysis of Google v. EC (Shopping), T-612/17", GCLC Lunch Talk, Brussels, European Law Institute.

²⁵ Point 176 à 178 de l'arrêt.

²⁶ Point 179 de l'arrêt.

²⁷ Monti G., 14 Nov. 2021, "The General Court's Google Shopping Judgment and the scope of Article 102 TFEU", SSRN.

²⁸ Selon une jurisprudence constante de la CJUE, « il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante a eu un effet

anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés, mais seulement qu'il tend à restreindre la concurrence ou qu'il est de nature à ou susceptible d'avoir un tel effet » (CJUE, 19 avril 2012, *Tomra*, aff. C-549/10P, points 68 et 79).

²⁹ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), COM/2020/842 final.

³⁰ CJUE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner Gmbh & Co. KG / Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag Gmbh & Co. KG e.a.*

reposerait, en l'espèce, sur une discrimination entre le service de comparaison des produits de Google et ceux de ses concurrents, dans un « effet de levier » via son service de recherche générale³¹. Ainsi, le Tribunal se base sur la différence de traitement injustifiée pour caractériser l'abus au détriment d'un refus explicite d'accès, ce qui lui permet de contourner l'application des critères établis par l'arrêt *Bronner*.

Le raisonnement du Tribunal, estimant que Google doit obligatoirement fournir un égal accès à ses pages de résultats généraux pour les services de comparateurs de prix concurrents, fait écho à l'article 6§1 de la proposition de règlement du *Digital Markets Act* de la Commission. Cette disposition, si adoptée, interdirait de manière absolue aux *gatekeepers* de traiter leurs propres services ou produits de manière plus favorable dans leur classement des services. La portée du verdict du Tribunal est donc bien supérieure au contexte du présent litige en tant qu'il pourrait notamment renforcer la détermination des législateurs

européens d'adopter cette interdiction absolue prévue dans le projet de règlement.

Google, dans son recours devant le Tribunal de l'UE de septembre 2017, estimait que les sanctions qui lui ont été infligées par la Commission revêtent un caractère politique et ont pour effet de freiner l'innovation, au détriment des consommateurs³². Il est vrai qu'en rejetant pour l'essentiel le recours de Google et en confirmant l'abus de position dominante, le Tribunal a mis en œuvre un raisonnement manifestement innovant qui témoigne d'une volonté de responsabilisation des GAFAM dans un contexte marqué par les négociations pour une régulation européenne des géants du numérique³³. Mais l'arrêt Google Shopping se distingue surtout par son caractère structurant en tant qu'il fonde un cadre de référence pour l'application du droit de l'Union à ces infractions d'un nouveau genre, confortant les autorités de la concurrence européennes dans leur action face aux acteurs du numérique.

M.T

³¹ Points 244 et 245 de l'arrêt.

³² Dans son recours, Google estime notamment que la Commission a « tort sur le plan du droit, des faits et de l'économie ».

³³ Ainsi, la Commission agit à la fois en aval, dans le cadre d'enquêtes visant à détecter des comportements

anticoncurrentiels, mais aussi en amont, à travers la négociation des deux nouveaux règlements du *Digital Markets Act* et du *Digital Services Act*, dans le but ultime d'instaurer un nouveau cadre de responsabilités européen auquel les GAFAM, parmi les autres géants du numériques, devront se conformer.

Aide illégale et récupération : épilogue de l'affaire Alitalia/ITA

Louis THEPAUT

La saga Alitalia a pris fin chez nos voisins transalpins d'une bien triste manière en ce mois d'octobre avec la disparition de la compagnie aérienne nationale. En mauvaise posture depuis de nombreuses années et n'ayant aucune possibilité de faire face aux défis immenses qui se présentaient à elle, la compagnie n'a eu d'autre choix que de cesser toutes ses opérations au soir du 14 octobre 2021. Elle avait fait, au mois de septembre l'objet de deux décisions de la part de la Commission européenne (ci-après la Commission) concernant d'une part des aides apportées à la compagnie par le gouvernement italien et d'autre part l'injection capitalistique de ce même gouvernement italien dans la compagnie devant succéder à Alitalia, Italia Trasporto Aereo SpA (ci-après ITA). Cette création devait permettre à l'Italie de conserver un transporteur de premier plan dans l'espace aérien européen.

Ces deux décisions de la Commission sont fondamentales pour l'économie italienne, du fait du poids d'Alitalia et d'ITA au sein de celle-ci. En effet, ITA emploie dès le début de son activité, près de 3000 personnes. Ce chiffre ne représente cependant qu'une fraction des plus de 10 000 salariés qu'employait la compagnie Alitalia. Les décisions rendues par la Commission invitent à se questionner sur le critère de l'« investisseur privé en économie de marché » et sur les implications de sa définition. Elles invitent aussi à rappeler les obligations et règles applicables en matière d'aides

publiques dans un secteur ayant fait l'objet d'une libéralisation voulue par l'Union Européenne. Enfin, nous nous intéresserons à la continuité économique entre sociétés, point crucial dans la décision de la Commission concernant à la fois le remboursement de l'aide jugée illégale et la création de la nouvelle société ITA.

L'aide de 900 millions d'euros consentie à Alitalia par l'État italien est jugée illégale par la Commission

La première composante de la décision du 10 septembre¹ est la décision de la Commission sur la légalité des prêts, pour un total de 900 millions d'euros consentis par l'État italien à la compagnie aérienne Alitalia. La décision de la Commission sur ce point n'est pas une surprise au regard des faits de l'espèce même si l'on aurait pu s'interroger sur l'influence récente de la crise du Covid-19 dans l'appréciation de la Commission. En effet, celle-ci avait assoupli son contrôle, au regard des conséquences de la crise sanitaire sur les entreprises du secteur². Cette dernière déclare cependant ces prêts illégaux au regard du droit européen et notamment du droit des aides d'état. La Commission, afin d'arriver à une telle décision, s'intéresse notamment aux conditions d'obtention de ces deux prêts par la compagnie italienne, estimant que le prêteur, l'État italien, ne s'est pas comporté comme un opérateur privé en économie de marché³.

Ce critère de l'opérateur privé en économie de marché est primordial. Lorsqu'un État agit en tant qu'acteur du marché et non en tant que puissance publique, ce critère peut être invoqué. Ne constitue pas une aide d'État une mesure dans laquelle les ressources d'État sont mises à disposition dans des modalités qu'un opérateur privé aurait acceptées⁴. Ainsi le critère de l'opérateur en économie de marché permet de faire échapper la mesure en cause à la qualification d'aide d'État.

¹ EU Commission, Alitalia, Press release, IP/21/4664, 10 September 2021.

² Concernant l'ensemble des entreprises, la Commission européenne avait notamment prévu un assouplissement du régime des aides d'État dès le 17 avril 2020. Dans le contexte national, ce régime simplifié a notamment permis le sauvetage

d'Air France-KLM en avril 2020 à hauteur de 9 milliards d'euros.

³https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4664

⁴ En ce sens notamment, voir CJCE, 21 mars 1991, Italie c/Commission ("ENILanerosi"), aff. C-303/88.

Les aides reçues par Alitalia et provenant de l'État italien s'inscrivent dans un contexte particulier. En effet, la compagnie italienne se trouvait dans une situation particulièrement délicate au moment du versement de ces prêts. Elle faisait face à une concurrence très importante et se développant à grande vitesse, notamment sur le marché domestique. Ainsi concurrencée, notamment par le développement des compagnies à bas prix dans les principaux aéroports italiens, Alitalia est pénalisée, de par sa structure de coûts qui ne lui permet pas de concurrencer ces nouvelles compagnies mais aussi du fait de son incapacité à faire les investissements nécessaires.

En proie à ces très graves difficultés financières, la compagnie est placée en procédure de faillite au moment où elle reçoit les prêts litigieux. Afin de déterminer si ces prêts sont légaux la Commission examine les conditions afférentes à ceux-ci et utilise le critère de l'investisseur privé opérant en économie de marché. Ce critère a été développé par la Commission dans les années 1980 à la suite de la prise de participation dans des entreprises par des personnes publiques, et ce dans de nombreux pays européens.

Ce critère de l'opérateur en économie de marché a surtout pour objectif « *d'apprécier si, dans le cadre d'une opération donnée, l'État a accordé un avantage à une entreprise en ne se comportant pas comme un opérateur en économie de marché* »⁵. Tout le travail du contrôle de la Commission a donc porté sur la détermination de savoir si un opérateur privé aurait adopté un comportement identique face à la situation ici considérée. Si la réponse avait été affirmative, les prêts n'auraient pas été considérés comme des aides d'État et n'auraient donc pas été censurés par la Commission. La solution retenue par la Commission est cependant inverse,

notamment au regard de la situation dans laquelle se trouvait la société au moment de la conclusion de ces prêts.

Durant l'année 2018, l'entreprise Alitalia se trouvait dans une situation extrêmement précaire. Ainsi, tous les précédents exercices comptables avaient été déficitaires pour la compagnie, qui n'arrivait pas à renouer avec la rentabilité⁶.

Dans son examen, la Commission note que la compagnie avait, du fait de cette très mauvaise situation financière, perdu accès au financement, notamment d'entités privées, sur les marchés financiers. Il s'agit ici d'une première indication claire sur la situation de la compagnie et l'appréciation du risque associé aux prêts que l'État italien avait accordé. Surtout, en octroyant ces prêts, l'État italien n'a pas conduit d'étude afin de déterminer si la compagnie pourrait les rembourser, d'autant que les montants sont importants.

En plus de l'absence d'étude préalable, les investigations menées par la Commission ont mis en exergue la difficulté, sinon l'impossibilité, pour la compagnie de rembourser les sommes prêtées à partir de ses capacités financières propres. Enfin, la société n'aurait pas non plus été en mesure de rembourser les prêts consentis par la vente d'une partie de ses actifs. En effet, si des discussions étaient en cours avec d'autres compagnies ou d'autres entreprises pour le rachat d'une partie des actifs, voire de la totalité de ceux-ci, une telle opération n'aurait pu être entérinée avant la date de remboursement⁷.

Après cet examen empirique des faits, la Commission conclut que l'État italien n'a pas agi en tant qu'opérateur en économie de marché⁸. En effet, le critère de l'opérateur en économie de marché suppose la recherche de perspectives de rentabilité à long terme⁹, l'absence de plan de recouvrement et

⁵ Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107, paragraphe 1 du TFUE (2016/C 262/01).

⁶ Ainsi la Commission note-t-elle que la compagnie est déficitaire depuis l'année 2008, et les comptes de résultats publiés montrent une aggravation graduelle de la situation financière de la société.

⁷ A la date de la conclusion des prêts, le gouvernement italien cherche activement un repreneur pour les activités d'Alitalia, notamment du fait des difficultés récurrentes auxquelles fait face la compagnie. Plusieurs entreprises se sont portées candidates,

dont des compagnies aériennes, telles que EasyJet, Air France-KLM ou encore Lufthansa ainsi que d'autres entreprises et fonds d'investissement. Les discussions avec ces différents acteurs n'aboutiront pas.

⁸ Statement by Executive Vice-President Vestager on the Commission decisions concerning €900 million state aid granted by Italy to Alitalia and Italy's capital injection of €1.35 billion into Italia trasporto Aereo (ITA).

⁹ CJCE, n° C-305/89, Arrêt de la Cour, République italienne contre Commission des Communautés européennes, 21 mars 1991.

même de perspectives quelconques concernant celui-ci amène à déduire que l'État italien n'a pas rempli ce critère en accordant ces prêts à la compagnie.

Enfin, même si nous considérons la seule notion de créancier privé, ces prêts ne peuvent toujours pas être considérés comme légaux. En effet, ce critère, accepté depuis de nombreuses années par la jurisprudence¹⁰ édicte une différence primordiale entre l'investisseur privé et le créancier privé. Si le premier a pour principal but de réaliser un profit ou des bénéfices, le créancier privé a pour objectif de récupérer les fonds qu'il a prêtés, sans subir le coût de la dépréciation¹¹. Cependant, l'État italien n'a aucunement cherché à recouvrer les fonds qu'il avait consenti à prêter à la compagnie nationale. Il a, *a contrario*, consenti à un nouveau prêt à la compagnie, à la fin de l'année 2019, prêt ayant à nouveau fait l'objet de plaintes de la part de compagnies aériennes concurrentes auprès de la Commission Européenne. L'aide ayant été qualifiée d'illégale, reste à déterminer sur qui faire peser le remboursement de celle-ci.

La question de la continuité économique entre Alitalia et ITA

La seconde décision de la Commission en date du 10 septembre 2021¹² concernant le marché du transport italien porte sur la création de l'entreprise ITA. Cette dernière a été présentée dans les médias comme étant la « nouvelle d'Alitalia »¹³. En réalité, une telle formulation peut nous sembler tout à fait abusive, en tout cas dans un premier temps. En effet, Italia Trasporto Aereo est avant tout une entreprise distincte d'Alitalia créée par l'État italien, avec l'aval de la Commission, qui s'est vu de ce fait appliquer un certain nombre de

contraintes. Ces dernières ont notamment été exigées par la Commission afin de s'assurer de l'indépendance de la nouvelle compagnie mais résultent aussi de la volonté de l'État italien d'écarter le remboursement par ITA des aides illicites qui avaient été versées à Alitalia.

Cette décision a ainsi une réelle importance car si la Commission établit une continuité économique entre Alitalia et la nouvelle compagnie ITA, cette dernière devra rembourser les prêts illégaux¹⁴. Une telle décision impacterait donc directement la nouvelle compagnie, d'autant plus lorsque l'on considère le fait que la Commission enquête sur un autre prêt de 400 millions d'euros, comme évoqué précédemment. Ainsi la compagnie ITA se serait trouvée obligée de rembourser les prêts à l'État italien en cas de continuité économique dérogée par la Commission, même si celui-ci n'a aucun intérêt à une telle restitution¹⁵.

Afin de dégager une discontinuité économique entre les deux sociétés, la Commission utilise les pouvoirs qui lui sont dévolus et contrôle notamment les transferts capitalistiques mais aussi d'autres aspects que nous nous proposerons d'étudier.

L'appréciation de la continuité économique se fait donc par le contrôle de la Commission. Les critères d'un tel contrôle ne sont pas clairement définis mais les décisions antérieures à celle concernant ITA nous donnent des indications sur ceux-ci, à l'image de celle concernant l'affaire SNCM en France¹⁶. Dans cette affaire, les autorités françaises avaient demandé à la Commission les critères permettant de définir la continuité économique entre deux entreprises, notamment dans le cas de liquidation judiciaire de la première

¹⁰ CJUE, Cour, 29 juin 1999, DM Transport, C-256/97.

¹¹ CJCE, 29 avril 1999, Royaume d'Espagne, C-342-96.

¹² EU Commission, Alitalia, Press release, IP/21/4664, 10 September 2021.

¹³ Ainsi pouvait-on lire dans la presse « ITA Airways, la nouvelle Alitalia » ou encore « Avec ITA, Alitalia renaît de ses cendres ».

¹⁴ Statement by Executive Vice-President Vestager on the Commission decisions concerning €900 million state aid granted by Italy to Alitalia and Italy's capital injection of €1.35 billion into Italia trasporto Aereo (ITA).

¹⁵ Cette solution dérogée par la jurisprudence européenne permet de s'assurer de l'effectivité des décisions prises en

matière d'aides d'État illégales, permettant un recouvrement effectif et d'éviter les manœuvres d'évitement du remboursement pour les États membres et les entreprises destinataires des aides illégales. En ce sens, voir notamment : CJCE, n° C-328/99, Arrêt de la Cour, République italienne et SIM 2 Multimedia SpA contre Commission des Communautés européennes, 8 mai 2003. Cette solution a été confirmée dans CJUE, n° T-123/09, Arrêt (JO) du Tribunal, Ryanair/Commission, 28 mars 2012.

¹⁶ Ladite affaire concernait alors le transport maritime entre le continent et l'île de beauté.

et du transfert d'une partie des actifs de celle-ci vers une nouvelle société.

Ainsi, la Commission énumérait les indices qui constituent le faisceau d'indices nécessaire à la qualification de continuité économique¹⁷. Ceux-ci sont l'objet de la vente, le prix du transfert, l'identité des actionnaires ou des propriétaires de l'entreprise repreneuse, le moment du transfert ou encore la logique économique de l'opération. Sans donner de recommandation particulière, la Commission explicite le contrôle qu'elle effectuera de ces indices et l'importance de ceux-ci, pouvant ainsi nous permettre d'appréhender le cas d'espèce¹⁸.

Afin d'assurer la discontinuité économique, il est donc nécessaire de ne pas avoir transfert direct de tous les actifs de la première société vers la seconde, nouvellement créée. Dans le cas d'ITA ce critère a pu se voir notamment de par l'abandon de différents *slots* dans les aéroports extrêmement congestionnés de Milan et Rome. Ces créneaux sont primordiaux¹⁹ pour les compagnies et constituent encore aujourd'hui un avantage très important pour les compagnies historiques par rapport à leurs concurrents, notamment les compagnies les plus récentes, c'est-à-dire les compagnies créées consécutivement à l'ouverture du marché à la concurrence. En ce sens, la non reprise d'une partie de ces créneaux par ITA a joué en sa faveur, en ce qu'elle permettait une concurrence accrue dans un secteur libéralisé mais toujours sous tension²⁰.

Surtout, la Commission contrôle les indices au regard de la logique de l'opération. Il est intéressant en ce sens que la Commission, dans sa communication relative à cette décision²¹

s'intéresse particulièrement à la logique de l'opération, sans pour autant laisser de côté les autres composantes du faisceau d'indices. Ainsi, ITA ne reprendra pas le système de fidélité de la compagnie Alitalia quand bien même celui-ci lui aurait permis d'avoir directement accès à une clientèle importante attachée aux avantages issus de ce système de fidélité ainsi qu'aux données personnelles de ces clients, question centrale pour de nombreuses entreprises²². Cette non-reprise d'informations primordiales pour les entreprises permet encore une fois mettre en exergue la différenciation entre les deux entreprises, prouvant ainsi la discontinuité économique entre celles-ci. ITA n'assurera pas non plus les prestations qui avaient été vendues par Alitalia aux clients devant voler à des dates postérieures à celle de la liquidation judiciaire de cette dernière.

Enfin, la compagnie ne réutilisera pas la marque et les symboles utilisés par Alitalia, en tout cas pas dans un premier temps. En effet, ceux-ci n'ont pas vocation à être transférés à ITA afin de ne pas lier, dans l'esprit des consommateurs, Alitalia et la société nouvellement créée, ITA. Les éléments constitutifs de la marque Alitalia ont ainsi été mis en vente dans le cadre d'une procédure d'appel d'offre²³ qui permet ainsi d'assurer une équité entre les entreprises du secteur et de permettre à ITA d'éventuellement racheter la marque à un prix juste. Cette décision vise encore à montrer une claire discontinuité économique entre Alitalia et ITA.

La Commission européenne a donc qualifié ces prêts d'aide illégale, notamment au regard du fait que l'État italien n'avait pas correctement notifié la mesure en cause, la notifiant après l'avoir mise en place et dans un cadre inadéquat, mais aussi et

¹⁷La lettre de la Commission est consultable à cette adresse internet : https://france3-regions.francetvinfo.fr/sites/regions_france3/files/assets/documents/tt_lettre_commission_1_0.pdf

¹⁸ La Commission détaille dans cette lettre les principaux aspects et indices qu'elle étudie dans le cas en l'espèce. Si celui-ci n'est pas en tout point similaire à la création d'ITA il existe de nombreuses similitudes et permet de comprendre la logique des décisions prises en matière de continuité économique.

¹⁹ Voir Emmanuel Combe, « Transport aérien : le précieux sésame des slots » publié dans Les Echos, le 24 février 2021.

²⁰ Abate, M., & Christidis, P. (2020). The impact of air transport market liberalization: Evidence from EU's external aviation policy. *Economics of Transportation*, 22, 100164.

²¹ Communiqué de presse de la Commission Européenne du 10 septembre 2021, Aides d'État : la Commission constate que le nouveau transport aérien ITA n'est pas le successeur économique d'Alitalia et que les injections de capital de l'État italien dans ITA sont conformes au marché.

²² Ces données permettent de connaître le client mais aussi ses habitudes, ce qui permet à une entreprise de répondre directement à ses besoins et de lui offrir les services qu'il souhaite, par la même occasion augmentant ses revenus.

²³ A la date d'écriture, la vente n'a pas encore abouti et ITA ne s'est pas portée candidate.

surtout du fait que celle-ci ne puisse relever du critère de l'opérateur en économie de marché. Les mesures mises en œuvre par l'État italien afin d'assurer une discontinuité économique entre les deux sociétés ont porté leurs fruits, la Commission ne voyant pas de continuité économique entre Alitalia et ITA, et ne faisant donc pas peser sur cette

dernière le remboursement des prêts illégaux reçus par la première. Le remboursement devant cependant avoir lieu afin d'assurer l'effectivité du droit des aides d'État, celui-ci a été mis à la charge de Alitalia.

L.T



Attribution des fréquences de la bande cœur de la 5G : le Conseil d'État met fin au contentieux sur fond de craintes environnementales et sanitaires

Décision n°446302 du 6 octobre 2021

Paul GUINARD

Alors que le déploiement de la 5G est aujourd'hui largement acté, avec plus de 18 000 antennes déployées et exploitées par les opérateurs Free mobile, Bouygues Telecom, SFR et Orange, le Conseil d'État rendait le 6 octobre dernier une décision venant clôturer le contentieux concernant les requêtes de plusieurs associations¹ et citoyens à l'encontre de la procédure française d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,4-3,8 GHz², dite « bande-cœur » de la 5G, ayant débutée à la fin de l'année 2019.

La décision n°446302 du 6 octobre 2021 concernait spécifiquement des requêtes demandant l'annulation pour excès de pouvoir des décisions 2020-0329 et 2020-1160 de l'ARCEP³, rendues respectivement en mars et octobre 2020 et faisant le compte-rendu de l'instruction des candidatures et des résultats de la procédure d'enchères ; mais

¹ Notamment les associations Pour Rassembler, Informer et Agir contre les Risques liés aux Technologies ElectroMagnétiques (PRIARTEM), Agir pour l'environnement et Liberté Environnement Bretagne.

² Il est prévu que la 5G se déploie sur les bandes déjà utilisées pour les réseaux actuels 2G/3G et 4G et sur deux nouvelles

également l'annulation des décisions 2020-154 à 1257 du 12 novembre 2020, autorisant les quatre opérateurs lauréats des enchères à utiliser des fréquences dans la bande 3,4-3,8 GHz. Ne se limitant pas à attaquer les décisions du régulateur des télécoms, certaines requêtes mettaient également en cause la légalité de l'arrêté du 30 décembre 2019 relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,5 GHz sur le fondement duquel les autorisations délivrées par le régulateur ont été prises. Enfin, certaines contestaient la validité, par la demande d'un renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice de l'Union Européenne, de l'article 54 de la directive 2018/1972 du 11 décembre 2018, établissant le Code des communications électroniques européen et fixant le calendrier des assignations des bandes 5G, que l'arrêté Français reprend et transpose.

La plupart des moyens invoqués étaient tirés de l'incompatibilité présumée des actes en cause, notamment de l'article 54 de la directive 2018/1972, avec des exigences en termes de participation du public et de protection de la qualité de l'environnement, du non-respect du principe de précaution, ou encore de l'absence d'évaluation environnementale préalable, obligatoire pour les « plans et programmes » au sens de la directive 2001/42/CE. Pour les raisons que nous détaillerons ci-après, l'ensemble des moyens a été rejeté par le Conseil d'État, réaffirmant aussi bien la légalité interne qu'externe des actes en cause, et rappelant par la même son rôle de juge ordinaire du droit de l'Union.

bandes jusque-là non attribuées aux réseaux mobiles : celle de 3,5 GHz et celle de 26 GHz.

³ Aux termes de l'article L. 42-2 du Code des postes et des communications électroniques, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse conduit la procédure de sélection et assigne les fréquences correspondantes.

Une procédure d'attribution émaillée par des requêtes en cascade

Au-delà de l'enjeu économique majeur que les enchères d'attribution des fréquences représentent⁴, la procédure d'attribution encadrée par l'ARCEP fut marquée par l'inquiétude de certaines associations à l'égard des conséquences environnementales et sanitaires du déploiement de la 5G. Ces craintes ont engendré des recours multiples sur lesquels le Conseil d'État a eu à se prononcer au cours de l'année 2020, et dont la décision d'octobre 2021 n'est que la conclusion. Les associations PRIARTEM et Agir pour l'environnement, souhaitant freiner voire empêcher la procédure d'enchères, n'en étaient en effet par à leur coup d'essai, et avaient déjà émis plusieurs requêtes contre les actes encadrant son déroulement. Le Conseil d'État s'était alors déjà prononcé le 5 mars 2020⁵, lorsque ces associations avaient demandé au juge des référés de suspendre l'arrêté du 30 décembre 2019 ; puis le 18 novembre et le 3 décembre 2020, lorsqu'elles lui avaient demandé la suspension de l'exécution des décisions de l'ARCEP susmentionnées⁶ et par conséquent l'annulation des décisions autorisant chaque lauréat de la procédure à utiliser les fréquences. L'ensemble de ces requêtes fut rejeté, la condition d'urgence n'étant pas satisfaite.

La décision du 6 octobre 2021 s'inscrit surtout dans la continuité directe de celle du 31 décembre 2020⁷, par laquelle le Conseil d'État avait validé, au fond, la légalité de l'arrêté du 30 décembre 2019 fixant les règles de procédure, en rejetant les moyens avancés par les associations requérantes qui demandaient l'annulation de l'arrêté et de la décision de l'ARCEP n°2019-1386 sur proposition de laquelle il était pris. Le Conseil d'État s'était alors en partie prononcé sur un triptyque d'enjeux, revenant régulièrement dans le débat public

concernant le déploiement de la 5G et incarnant les préoccupations d'une partie de la population⁸ : **l'impact environnemental, les risques sanitaires, et la participation du public au processus décisionnel.**

Par sa décision du 6 octobre 2021, le Conseil d'État vient finalement marquer le point final du contentieux relatif à la procédure d'attribution d'autorisation d'utilisation des fréquences, réaffirmant clairement la légalité interne et externe des actes attaqués tout en précisant sa position vis-à-vis des enjeux précités. Retour en détail sur les moyens invoqués par les requérants et sur les raisons de leur rejet.

La notion de « plans et programmes » et l'absence d'obligation à une évaluation environnementale préalable en l'espèce

Concernant les préoccupations relatives à l'impact environnemental du déploiement de la 5G, la question principale soulevée par les associations sous la forme d'une demande de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union Européenne était de savoir si l'ensemble de textes formé par l'arrêté du 30 décembre 2019 et les décisions d'attribution des fréquences devait être considéré comme un plan ou programme au sens de l'article 3 de la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001⁹. Si tel était le cas, l'ensemble des actes entrerait alors dans le champ d'application de l'article L.122-4 du Code de l'environnement, qui prévoit, tout comme la directive 2001/42/CE, la mise en œuvre d'une évaluation environnementale pour tout plan ou programme élaboré dans des secteurs variés, dont les télécommunications, définissant le cadre dans lequel la mise en œuvre de projets pourra être autorisée à l'avenir, et étant susceptible d'avoir des incidences sur l'environnement. Il appartient alors

⁴ Le montant total des enchères s'élève à plus de 2,789 milliards d'euros.

⁵ Conseil d'État, 5 mars 2020, n°438761.

⁶ Décisions n°2020-0329 de l'ARCEP en date du 31 mars 2020 et n°2020-1160 en date du 20 octobre 2020.

⁷ Conseil d'État, 31 décembre 2020, n° 438240.

⁸ Une enquête d'opinion de l'Ifop, citée par le journal Le Parisien du 17 septembre 2020, révélait que 51% des sondés

estimaient que la 5G a des effets néfastes sur la santé humaine, et 65% que l'augmentation de la consommation électrique qu'elle entraînerait constitue une menace pour l'environnement.

⁹ À raison de leurs prescriptions ou de l'ensemble qu'elles forment avec les prescriptions du décret du 3 mai 2002 relatif aux valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques (point 26 de la décision n°446302).

au Conseil d'État de vérifier la qualification des actes en cause qui, n'ayant pas fait l'objet d'évaluation, pourraient être entachés d'illégalité s'il s'agissait bien de plans ou programmes au sens du droit communautaire.

À cette fin, le Conseil d'État mobilise la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, qui offre, depuis l'arrêt du 27 octobre 2016, D'Oultremont, une définition précise et constante de la notion de « plan ou programme » comme correspondant à « *tout acte qui établit [...] un ensemble significatif de critères et de modalités pour l'autorisation et la mise en œuvre d'un ou de plusieurs projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement* »¹⁰ (la notion de « projet » correspondant à la réalisation de travaux de construction ou ouvrages, ou encore d'autres interventions dans le milieu naturel)¹¹). S'appuyant sur cette jurisprudence constante, il est alors évident que les actes litigieux, en tant qu'ils ne font que définir pour les opérateurs bénéficiaires d'autorisation d'utilisation des fréquences des obligations de déploiement¹², ne définissent pas véritablement un ensemble de critères et modalités devant être mis en œuvre à l'avenir pour autoriser les travaux, installations ou ouvrages susceptibles d'être nécessaires audit déploiement, et ne sont par conséquent pas des plans et programmes au sens de la directive 2001/42/CE¹³. Ainsi, il est sans importance que l'arrêt du 30 décembre 2019 et les décisions de l'ARCEP n'aient pas fait l'objet d'évaluations environnementales préalables au titre de la directive 2001/42/CE et du Code de l'environnement, puisque la nature de ces actes ne les y engage pas.

Toutefois, il est nécessaire de souligner que l'absence d'évaluation préalable au titre des dispositions précitées **n'implique pas une absence de prise en compte des incidences du**

déploiement de la 5G sur l'environnement. En effet, concernant la directive 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil, qui est à l'origine de toute la procédure d'attribution en droit français, le Conseil d'État rappelle qu'une analyse d'impact approfondie, relative notamment aux impacts environnementaux du projet de directive, a bien été effectuée avant la publication de celle-ci, et publiée en septembre 2016, conformément aux dispositions de l'accord interinstitutionnel du 13 avril 2016 « Mieux légiférer ». La réalisation d'une telle étude, de plus de 900 pages, avant même l'enclenchement de la procédure au niveau européen, témoigne d'une certaine attention portée aux conséquences du déploiement de la 5G.

L'enjeu sous-jacent de la temporalité et de la portée des actes encadrant la procédure d'attribution :

En rejetant la qualification de plan ou programme pour l'arrêt du 30 décembre 2019 et les décisions du régulateur des télécoms, le Conseil d'État opère une interprétation qui tend à souligner la portée limitée des actes attaqués, puisque ceux-ci n'ont fait qu'encadrer la procédure d'attribution d'autorisation d'utilisation des fréquences. La décision du Conseil d'État commence par ailleurs par le rejet pour irrecevabilité des requêtes à l'encontre des décisions n°2020-0329 et 2020-1160 de l'ARCEP, par lesquelles le régulateur avait simplement retenu les candidatures aux enchères puis constaté le résultat de celles-ci, ces décisions ne constituant que des actes préparatoires¹⁴. En matière environnementale, l'enjeu de la portée limitée des actes encadrant la procédure d'attribution se cristallise non seulement autour de la qualification de plan ou programme, mais également à propos des exigences de protection de l'environnement devant être intégrées dans la définition des politiques de l'Union Européenne,

¹⁰ CJUE, 27 octobre 2016, Patrice D'Oultremont et al. c/Région wallonne, Affaire C 290/15, point 49.

¹¹ Art.1^{er} de la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

¹² Obligations tenant aux objectifs de la procédure d'attribution, listés au point 5 de la décision 2019-1386 de l'ARCEP.

¹³ Ces actes ne constituent pas non plus le cadre d'autorisation d'interventions dans le milieu naturel que constitue la diffusion d'ondes électromagnétiques, puisque celui-ci avait été défini par le décret du 3 mai 2002, dont les dispositions sont antérieures à la date où l'obligation d'évaluation a pris effet.

¹⁴ Voir le point 8 de la décision.

consacrée à l'article 11 TFUE. En se prononçant sur la validité de l'article 54 de la directive 2018/1972, qui définit des objectifs de déploiement et d'assignation des fréquences par les États membres, le Conseil d'État utilise en effet un raisonnement jouant à nouveau sur la portée limitée de l'article en cause, celui-ci n'étant pas, *per se*, contraire aux exigences posées à l'article 11 TFUE, puisque seules les conditions de mise en œuvre effective par les États membres seraient responsables des émissions de gaz à effet de serre.

La question environnementale n'est cependant pas uniquement traitée sous l'angle de l'évaluation préalable des conséquences du déploiement de la 5G, soulignant en réalité la portée assez limitée des actes de la procédure d'attribution, mais également par le prisme du principe de participation du public au processus décisionnel, celui-ci occupant une place majeure parmi les moyens invoqués et appelant notamment à un contrôle de normes internationales et constitutionnelles.

Le respect du principe de participation du public, garanti par les normes constitutionnelles

Le principe de participation du public peut être défini comme « une forme d'association et d'intervention des citoyens à la préparation et à la prise de décision administrative »¹⁵, répondant ainsi à des exigences en termes de démocratie participative et de transparence de la vie publique. Ce principe s'est particulièrement affirmé en matière environnementale puisque, comme l'illustre le déploiement de la 5G, la protection de l'environnement et du cadre de vie est une source importante de conflits entre société civile et pouvoirs publics¹⁶.

La convention d'Aarhus du 25 juin 1998, sur l'accès à l'information, la participation du public au

processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, est à cet égard la première norme dotée d'une force contraignante consacrant ce principe¹⁷. Celui-ci bénéficie ainsi d'un ancrage important en droit international, appelant à contrôler, comme le souhaitent les requérants, le respect de la convention par l'article 54 de la directive 2018/1972, puisque l'Union Européenne est partie à la convention, et par l'article L.32-1 du Code des postes et des communications électroniques. Le juge administratif ayant la responsabilité de réaliser le contrôle de conventionnalité des actes de droit interne mais également des actes de l'Union en l'absence de difficulté sérieuse, le Conseil d'État se doit tout d'abord de vérifier que les stipulations de la convention internationale sont d'effet direct pour que les moyens puissent être accueillis, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Ceux-ci sont en effet rejetés, d'une part, car les dispositions de la convention ne s'appliquent pas aux institutions communautaires dans l'exercice de leur pouvoir législatif¹⁸, ce qui est expressément le cas pour une directive ; d'autre part, car l'article 6, paragraphe 1^{er} de la convention, relatif à la participation du public, n'est pas d'effet direct en ce qu'il requiert en partie l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers.

Toutefois, bien que le droit international ne s'applique pas ici, le principe de participation du public subsiste, notamment car celui-ci est consacré par l'article 7 de la Charte de l'environnement, faisant partie depuis 2005 du bloc de constitutionnalité. Afin de contrôler le respect de ce principe, la Charte précise toutefois qu'il s'apprécie au regard des dispositions prises afin de préciser ses conditions d'applicabilité, en l'espèce l'article L.32-1 du Code des postes et communications électroniques qui prévoit que l'exécutif et l'ARCEP rendent publiques les mesures ayant une incidence importante sur les marchés ou sur les intérêts des

¹⁵ M. Prieur, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », RJE 1988, p. 398.

¹⁶ R. Brett. « La participation du public à l'élaboration des normes environnementales : état des lieux et perspectives », *Droit et Ville*, vol. 83, no. 1, 2017, p.137.

¹⁷ Le principe de participation du public avait été inscrit dans la Charte Mondiale de la nature en 1982 et la Déclaration de Rio en 1992, mais celles-ci étaient dépourvues de force contraignante.

¹⁸ Article 2 d) de la convention d'Aarhus.

utilisateurs qu'ils envisagent d'adopter et recueillent les observations faites à leur sujet. Il s'avère ainsi que le principe de participation du public fut respecté tout au long de la procédure d'attribution des fréquences, l'ARCEP ayant conduit 3 consultations publiques de plusieurs semaines entre octobre 2018 et décembre 2019, portant sur les modalités d'attribution des fréquences et le projet d'arrêté servant de fondement aux autorisations délivrées par l'ARCEP.

Le principe de participation du public à la procédure a donc été pleinement respecté lors de la procédure, mais il ne s'agissait pas du seul principe invoqué par les associations requérantes, qui interrogeaient également le respect du principe de précaution, à l'égard des risques environnementaux mais aussi sanitaires.

La dissipation des craintes au sujet d'éventuels risques sanitaires, au regard du principe de précaution

Le principe de précaution, défini pour la première fois lors du Sommet de Rio de 1992, puis repris, comme le principe de participation du public, dans la Charte de l'environnement, a comme spécificité de porter à la fois sur les risques environnementaux et sur les risques sanitaires. La question de l'impact sanitaire du déploiement de la 5G et de l'utilisation des fréquences associées est une source d'inquiétude importante pour les associations, comme l'illustrent les différentes requêtes portées devant le Conseil d'État ou encore les déclarations des avocats du cabinet MySMARTcab, ayant médiatisé ces recours, affirmant « nous ne pouvons pas dire que la 5G est dangereuse pour la santé, mais personne ne peut affirmer que la 5G est bonne pour la santé »¹⁹.

Les associations requérantes ne fondent cependant pas leurs recours sur les dispositions de la Charte de l'environnement comme pour la participation du public, mais questionnent la validité de l'article 54 de la directive 2018/1972 et donc la légalité des actes encadrant la procédure d'enchères qui en découlent, vis-à-vis de l'article 191 TFUE qui consacre le principe de précaution comme élément fondateur de la politique de l'Union en matière d'environnement. Le principe de précaution bénéficie donc d'un ancrage en droit de l'Union. Il en découle, d'après la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union²⁰, que lorsque des incertitudes subsistent sur l'existence ou la portée des risques, des mesures de protection peuvent être prises sans attendre une démonstration de ces risques, mais aussi que des mesures restrictives peuvent l'être également en cas de probabilité d'un dommage réel si le risque se réalisait, alors même qu'il est impossible de déterminer avec certitude son existence et sa portée. Ces définitions font du principe de précaution une notion complexe, reposant sur l'incertitude, qui peut aisément devenir source d'angoisse dans l'opinion publique. Pourtant, le Conseil d'État souligne ici clairement que la directive de 2018 s'inscrit dans le respect de recommandations antérieures²¹ fixant des valeurs limites pour l'exposition du public aux champs électromagnétiques, valeurs reprises en droit français par le décret du 3 mai 2002, en application de l'article L. 32 du Code des postes et des communications électroniques. Ainsi, malgré la persistance d'incertitudes concernant les effets réels de l'utilisation des fréquences de la 5G, celle-ci se fait dans le respect des valeurs limites d'exposition aux champs électromagnétiques, déjà encadrées, en ne méconnaissant pas le principe de précaution.

Le Conseil d'État avait déjà entrepris dans sa décision du 31 décembre 2020 de dissiper les craintes à l'égard de l'impact sanitaire de l'utilisation des fréquences de la 5G, en citant un

¹⁹ Christophe Lèguevaques, cité par Reporterre, « L'attribution des fréquences 5G attaquée en justice », 21 novembre 2020.

²⁰ CJUE, Cour, 5 mai 1998, National Farmers' Union e.a., C-157/96 (point 63), CJUE, Cour, 28 janvier 2010, Commission/France, C-333/08 (point 93).

²¹ Recommandation 1999/519/CE relative à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques.

rapport de l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail d'octobre 2019, allant également en ce sens. L'agence informait par ailleurs en avril 2021 qu'il était peu probable que le déploiement de la 5G dans la bande de fréquences autour de 3,5 GHz constitue à l'heure actuelle de nouveaux risques pour la santé²², mais que la recherche sur les liens entre expositions aux fréquences et effets sanitaires devaient encore se renforcer et se poursuivre lors du développement du parc d'antennes, de quoi rassurer les plus inquiets.

Marquant la fin du contentieux en la matière, la décision du 6 octobre 2021 a donc permis au Conseil d'État de réaffirmer de façon claire et définitive la validité de la procédure d'attribution d'utilisation des fréquences de la bande 3,5GHz de la 5G, celle-ci ayant respecté aussi bien le principe de participation du public que le principe de précaution et n'étant pas contraire aux exigences de protection de l'environnement, dans la mesure où les actes l'encadrant n'étaient toutefois pas concernés par les obligations d'évaluations environnementales préalables.

Sur le plan environnemental, il est nécessaire de souligner que le Conseil d'État adopte une position pointant plus les usages et les modalités d'application que la technologie en elle-même, mettant en lumière l'enjeu plus général de la consommation énergétique et de l'impact

environnemental du secteur numérique, qui occupe une place de plus en plus importante. A cet égard, Cédric O, le secrétaire d'État chargé du numérique, ne voit pas la 5G comme une menace pour l'environnement, mais bien comme une source de potentialité²³, position faisant l'objet de controverse et soulignant surtout l'aspect politique du débat, opposant sobriété énergétique et nécessité de l'innovation pour faire face aux crises climatiques²⁴.

En matière sanitaire, le Conseil d'État, s'appuyant notamment sur l'Anses, met en avant l'absence de risques nouveaux posés par l'utilisation de la bande de fréquence 3,5 GHz de la 5G. L'histoire n'est cependant pas terminée puisqu'une nouvelle procédure aura lieu, d'ici début 2023, pour l'attribution des fréquences de la bande 26 GHz, deuxième bande jusque-là non ouverte aux réseaux mobiles. Cette nouvelle bande de fréquences, dite bande millimétrique, permettra d'atteindre un débit toujours plus élevé, avec cependant une portée moindre. Selon l'Anses, les simulations actuelles laissent présager des niveaux d'expositions aux champs électromagnétiques de la bande 26 GHz faibles, mais les données actuelles restent insuffisantes pour conclure à l'existence ou non d'effets sanitaires à celle-ci. Reste donc à savoir si la procédure d'attribution de cette bande donnera à nouveau naissance à un tel contentieux, alors que le déploiement de la technologie est finalement déjà bien avancé.

P.G

²² Anses.fr, 5G : pas de risques nouveaux pour la santé au vu des données disponibles, actualité du 20.04.2021.

²³ Le Monde, Renouveau des smartphones et déploiement des antennes : la 5G, une technologie au défi du climat, 24.10.2021.

²⁴ Les antennes 5G étant notamment jusqu'à dix fois moins consommatrices d'énergie que les modèles 4G, mais entraînant d'autres coûts, avec effet rebond sur l'environnement.



La protection des œuvres audiovisuelles et cinématographiques à l'ère du numérique : un enjeu phare de la modernisation du droit français de la régulation audiovisuelle

Camille BEASSE

Le 17 mars 2020 annonce le début du confinement sur le territoire français. Cet isolement inattendu a été marqué par une évolution des pratiques culturelles des Français. Les portes des cinémas, musées, et théâtres, étant définitivement closes, d'autres biens et services culturels ont su profiter de cette période unique pour accroître leur popularité. La consommation de films, de séries, de vidéos, de jeux vidéo et de documentaires a connu un essor sans précédent. Enfermés chez eux, les Français ont accru de manière considérable leur utilisation de « biens culturels dématérialisés »¹, lesquels sont, pour la plupart, disponibles via des plateformes numériques internationales de vidéos à la demande (VOD) par abonnement, dont la célèbre plateforme Netflix.

Or, le développement des plateformes de vidéos à la demande par abonnement, dont le siège social se trouve souvent aux États-Unis, engendre une concurrence sans précédent pour les médias français dits « classiques » et vient bouleverser les modes traditionnels de diffusion et de financement des œuvres audiovisuelles et cinématographiques françaises et européennes.

Les secteurs du numérique et de l'audiovisuel étant désormais imbriqués, une réforme de la régulation audiovisuelle s'est imposée au législateur français. Elle vise notamment à protéger la création et l'accès aux œuvres culturelles nationales face aux risques que représentent les plateformes numériques pour le secteur audiovisuel et cinématographique français. La modernisation de la régulation audiovisuelle, appelée de ses vœux par le Conseil supérieur de l'audiovisuel² et amorcée avant la crise sanitaire³, s'est faite sous l'influence de la législation européenne.

Cet été, un premier pas vers une réforme de la législation audiovisuelle française a été franchi avec l'adoption du décret du 22 juin 2021⁴ relatif aux services de médias audiovisuels à la demande (SMAD)⁵, lequel vient transposer la directive européenne SMA⁶, adoptée le 10 novembre 2010 et révisée le 14 novembre 2018 afin de mieux réguler le marché de la distribution des vidéos à la demande. Ce mouvement a été complété avec l'entrée en vigueur de la loi du 25 octobre 2021 relative à la régulation de la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique⁷ qui prévoit la création d'une nouvelle autorité régulatrice des secteurs de l'audiovisuel et du numérique.

¹ Assemblée nationale, Étude d'impact, Projet de loi relatif à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique, 7 avril 2021.

² *Refonder la régulation audiovisuelle*, CSA, Septembre 2018, 42 pages.

³ Emmanuel Pierrat, « La nouvelle loi contre le piratage audiovisuel adoptée », in *DALLOZ*, 7 octobre 2021.

⁴ Décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁵ Les Services de médias audiovisuels à la demande » sont des services dits « non linéaires », c'est-à-dire que les utilisateurs choisissent le contenu du programme qu'ils regardent, à l'heure qu'ils souhaitent. Les services de vidéos à la demande (VOD) sont des services non linéaires.

Leur contenu n'est pas imposé, contrairement aux services dits « linéaires » tels que la télévision, dont le programme n'est pas choisi par les téléspectateurs, mais imposé et diffusé arbitrairement à un certain horaire.

⁶ Directive 2018/1808/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché (directive « Services de médias audiovisuels »).

⁷ Loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

La création de l'Arcom ou la naissance d'un nouveau régulateur français de l'audiovisuel et du numérique : pouvoirs et missions

La loi du 25 octobre 2021 relative à la régulation de la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique⁸ modifie la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication⁹ et consacre la création de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom), la nouvelle autorité administrative indépendante (AAI) chargée de réguler non seulement le secteur audiovisuel, mais également le secteur numérique. La naissance de l'Arcom est prévue le 1^{er} janvier 2022, à la suite de la fusion entre la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) et le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA). La présente loi précise qu'Hadopi sera « *dissoute* » et « *ses biens transférés* » à la future Arcom¹⁰ et que les mandats des membres du CSA resteront en vigueur après le 1^{er} janvier prochain¹¹.

Aux origines de l'Arcom : la fusion du CSA et d'Hadopi

Hadopi est née à la fin de l'année 2009 à la suite de l'adoption de la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet¹². L'autorité administrative indépendante française est chargée de protéger les droits d'auteurs et les droits voisins¹³ attachés aux œuvres culturelles diffusées sur internet et de parer au piratage de ces œuvres¹⁴. Cependant, cette dernière a fait l'objet de

nombreuses critiques du fait de son incapacité à réguler les plateformes illégales de *streaming* en ligne¹⁵.

Quant au Conseil supérieur de l'audiovisuel, cette AAI est investie, depuis sa création en 1989¹⁶, d'une mission de régulation de l'ensemble du secteur audiovisuel. Le CSA est totalement indépendant du gouvernement¹⁷. L'autorité s'est vu conférer davantage de compétences avec la loi du 15 novembre 2013¹⁸, laquelle l'a doté d'une personnalité juridique. Le CSA veille au respect des règles inscrites dans la loi du 30 septembre 1986¹⁹ en régulant l'accès au marché des services de médias audiovisuels (SMA). Il est notamment compétent en matière d'attribution des fréquences aux éditeurs privés et publics de radios et de télévisions. Il assure également une mission de contrôle et de sanction envers les distributeurs, les éditeurs privés et publics, ainsi que les opérateurs émettant par satellite. En outre, il est chargé de nommer les présidents des sociétés de l'audiovisuel public telles que France Télévision ou Radio France²⁰. Par ses missions, le CSA cherche à garantir la liberté de concurrence entre les éditeurs et les distributeurs, à promouvoir le pluralisme des idées, et à protéger la diversité culturelle²¹.

La sphère de compétence de l'Arcom : une nouvelle autorité aux pouvoirs élargis

L'ensemble des pouvoirs de ces deux autorités seront transférés à l'Arcom, laquelle se verra également confier de nouvelles compétences devenues indispensables afin de mener à bien sa mission de régulation des communications

⁸ Loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

⁹ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard).

¹⁰ Article 34 de la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

¹¹ Article 35 de la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique

¹² Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

¹³ Les droits voisins diffèrent des droits d'auteurs au sens qu'il s'agit de droits d'exploitation conférés à des personnes qui ont pris part à la création d'une œuvre mais qui n'en sont pas le créateur principal.

¹⁴ Emmanuel Pierrat, « La nouvelle loi contre le piratage audiovisuel adoptée », in *DALLOZ*, 7 octobre 2021.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Loi n°89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

¹⁷ Broyelle Camille, Franceschini Laurence, *Droit de la régulation audiovisuelle*, Systèmes pratiques, 1^{ère} édition, L.G.D.J., Paris, 2020, page 69.

¹⁸ Loi n°2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public.

¹⁹ Broyelle Camille, Franceschini Laurence, *Droit de la régulation audiovisuelle*, *op.cit.*, pp 43-60.

²⁰ Broyelle Camille, Franceschini Laurence, *Droit de la régulation audiovisuelle*, *op.cit.*, page 71.

²¹ « Quelles sont les missions du CSA ? - CSA », (en ligne : <https://www.csa.fr/Mes-services/Foire-aux-questions/Informer/Le-role-et-les-missions-du-CSA/Quelles-sont-les-missions-du-CSA>, consulté le 25 novembre 2021).

numériques. L'Arcom sera notamment chargée de lutter contre « les sites miroirs »²² et « contre la retransmission illicite des manifestations et compétitions sportives »²³ sur les plateformes numériques en ligne. Elle devra en outre établir une liste référençant tous les services de communication en ligne portant « atteinte, de manière grave et répétée, aux droits d'auteur et aux droits voisins »²⁴. Les échanges entre l'Arcom et l'Autorité de la concurrence seront renforcés étant donné que les deux autorités pourront se communiquer mutuellement des informations « sans que le secret des affaires puisse y faire obstacle »²⁵. L'Arcom disposera également d'un pouvoir d'enquête étendu qu'elle pourra exercer à l'encontre des acteurs traditionnels des services de communication audiovisuelle, mais également auprès des « plateformes de partage de vidéos »²⁶.

Une réforme nécessaire

Une réforme de la législation en matière de régulation des secteurs de l'audiovisuel et du numérique était devenue nécessaire pour prendre en compte les évolutions engendrées par la révolution numérique. L'Arcom devra notamment relever le défi de la lutte contre le piratage des œuvres cinématographiques et audiovisuelles en ligne et contre leur diffusion illégale sur les plateformes en ligne, défi qu'Hadopi n'est pas parvenue à relever. En témoigne le dernier rapport publié par Hadopi, lequel montre que la consommation illicite en ligne de séries, de vidéos et de films, a continué à augmenter durant toute la décennie. Selon l'autorité, « En 2019, la consommation illicite de contenus représente un manque à gagner de 1,01 milliards d'euros pour l'écosystème audiovisuel (français) dans son ensemble »²⁷. L'Arcom suscite également de fortes attentes en matière de lutte

contre la désinformation en ligne et contre la propagation de discours haineux sur Internet.

Au cœur de la réforme de la régulation de l'audiovisuel et du numérique : la protection du patrimoine audiovisuel et cinématographique français

Une des lignes directrices majeures qui transparaît à la lecture du décret du 22 juin 2021 et de la loi du 25 octobre 2021 est la volonté de protéger le patrimoine cinématographique et audiovisuel français face à la menace que représentent les plateformes numériques proposant des services de vidéo à la demande par abonnement dont le siège social se trouve dans un États tiers. En première ligne : Netflix, Prime Vidéo et Disney +²⁸. Ces trois plateformes de services de vidéo à la demande par abonnement ont toutes leur siège social localisé sur le territoire étasunien et diffusent en majorité des films produits aux États-Unis²⁹. Elles sont venues chambouler les modes traditionnels de financement des œuvres européennes et d'expression originales françaises et ont engendré une concurrence sans précédent pour les services de médias audiovisuels traditionnels, en particulier la télévision. Ainsi, ces deux textes législatifs sont venus rééquilibrer le rapport de force. Ils ont pour objectif de protéger la diffusion et la création des œuvres françaises en leur assurant des sources de financement.

Une mission de protection inscrite dans la loi du 25 octobre 2021

L'article 30 de la loi du 25 octobre 2021 relative à la régulation de la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique³⁰ vient modifier le code du cinéma et de l'image animée en

²² Article 1^{er} de la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

²³ Article 3 de la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

²⁴ Article 1^{er} de la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

²⁵ Article 22 de la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

²⁶ Article 10 de la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

²⁷ *Étude de l'impact économique de la consommation illicite en ligne de contenus audiovisuels et de retransmissions*, Hadopi, Décembre 2020, page 39.

²⁸ Broyelle Camille, Franceschini Laurence, *Droit de la régulation audiovisuelle*, op.cit., pp 117-144.

²⁹ Kamina Pascal, *Droit du cinéma*, 2^{ème} édition, LexisNexis, 2014pp 69-72.

³⁰ Loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

y insérant un titre IV intitulé « *Protection de l'accès du public aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles* ». Cette nouvelle disposition vise à protéger les créations audiovisuelles et cinématographiques françaises en obligeant les producteurs nationaux à informer le « ministre chargé de la culture »³¹ lorsqu'ils souhaitent céder leurs droits d'exploitations sur leurs œuvres à des opérateurs étrangers. Ainsi, les producteurs français sont contraints de transmettre un dossier au ministre de la Culture afin que ce dernier puisse s'assurer que le nouveau bénéficiaire des droits d'exploitation respecte les règles instituées dans le code de la propriété intellectuelle français en matière de protection de l'exploitation des œuvres. Si le ministre constate la violation de ces règles, il peut transmettre le dossier à la « commission de protection de l'accès aux œuvres »³². En cas de non-respect de l'obligation de notification au ministre de la Culture par le producteur, une sanction financière est prévue³³.

Cet article cherche explicitement à protéger le patrimoine audiovisuel et cinématographique français d'une vente abusive des droits d'exploitation des créations nationales à des sociétés étrangères, en particulier Netflix, Amazon ou encore The Walt Disney Company. Par cette loi, les plateformes de partage de vidéo à la demande par abonnement issues de pays tiers seront notamment obligées de garantir que les créations françaises qu'elles rachètent peuvent toujours être visionnées par le public français³⁴.

Le décret du 22 juin 2021 : une « dérogation au principe du pays d'origine »³⁵

Le décret du 22 juin 2021 constitue une très grande avancée en matière de régulation des

services de médias audiovisuels à la demande (SMAD) étant donné qu'il contraint les SMAD, dont le siège social se trouve à l'étranger mais dont les services de vidéos à la demande sont disponibles en France, à participer au financement de la production des œuvres audiovisuelles et cinématographiques françaises et européennes³⁶. Ce décret s'applique « *aux services de vidéos à la demande par abonnement, payants à l'acte ou gratuits* » et « *les services de télévision de rattrapage* »³⁷ qu'ils soient établis sur le territoire français ou dans un pays étranger³⁸. Il déroge de ce fait au « principe du pays d'origine » selon lequel les « fournisseurs de services », les diffuseurs, doivent se plier aux règles instaurées dans l'État membre où ils sont localisés³⁹.

Avant l'entrée en vigueur de ce décret le 1^{er} juillet 2021, les plateformes des vidéos à la demande dont le siège social était localisé à l'étranger, à l'instar de Netflix dont le siège social européen se trouve à Amsterdam, aux Pays-Bas, étaient exemptées de respecter la législation française très stricte en matière de soutien à la création culturelle. En revanche, les chaînes de télévision françaises étaient quant à elles soumises aux obligations stipulées dans les textes législatifs. En effet, la législation française oblige toutes les chaînes de télévision françaises, également appelées « éditeurs de services de communication audiovisuelle », qu'elles soient publiques⁴⁰ ou privées⁴¹, à verser des contributions financières directes⁴² ou indirectes⁴³ afin de soutenir la production d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques européennes et françaises. Elles se voient également soumises au respect de quotas de diffusion d'œuvres cinématographiques

³¹ Article 30 de la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ Emmanuel Pierrat, « La nouvelle loi contre le piratage audiovisuel adoptée », in *DALLOZ*, 7 octobre 2021.

³⁵ Notice du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Article 10 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

³⁹ Broyelle Camille, Franceschini Laurence, *Droit de la régulation audiovisuelle*, *op.cit.*, pp 117-144.

⁴⁰ TF1, Canal +.

⁴¹ France Télévision.

⁴² Obligations de financement des œuvres européennes et des œuvres d'expression originales françaises, in Broyelle Camille, Franceschini Laurence, *Droit de la régulation audiovisuelle*, *op.cit.*, pp 125-129.

⁴³ Taxe versée au Centre National du Cinéma et de l'image Animée (CNC) qui est ensuite reversée au secteur cinématographique sous la forme d'une Taxe sur les services de télévision (TST) : in Broyelle Camille, Franceschini Laurence, *Droit de la régulation audiovisuelle*, *op.cit.*, pp 125-129.

et audiovisuelles françaises et européennes⁴⁴. Désormais, avec l'entrée en vigueur du décret le 1^{er} juillet 2021, ces règles s'imposent également aux SMAD, qu'ils soient localisés en France ou à l'étranger.

L'obligation de soutien financier à la création audiovisuelle et cinématographique française

Le décret du 22 juin 2021 s'assure que les SMAD établis à l'étranger, mais diffusant au moins dix œuvres audiovisuelles ou dix œuvres cinématographiques de longue durée en France⁴⁵, vont participer au financement et à la promotion des « œuvres d'expression originales françaises » (OEOF)⁴⁶. Ces SMAD doivent également avoir généré un chiffre d'affaires annuel net d'au moins cinq millions d'euros sur le territoire français et leur part d'audience doit être « supérieure à 0,5% de l'audience totale en France de la catégorie de SMAD dont ils relèvent »⁴⁷.

Parmi ses mesures phares, le décret stipule que les « services par abonnement » doivent verser au moins 20% du chiffre d'affaires qu'ils réalisent sur le territoire français au soutien à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles européennes ou à des OEOF⁴⁸. Les services par abonnement proposant des œuvres cinématographiques de plus d'une heure « dans un délai inférieur à douze mois après sa sortie en salles en France » se voient appliquer un taux de 25%⁴⁹. 85% au moins de la part de ces soutiens financiers doit être exclusivement réservée pour les OEOF⁵⁰.

L'accent est mis sur la protection des productions indépendantes d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles européennes, auxquelles doivent être consacrées respectivement au moins « trois quart »⁵¹ et « deux tiers »⁵² « des dépenses prévues ». Les critères permettant de caractériser une production indépendante sont définis dans le décret⁵³. Ces critères permettent de garantir l'indépendance des sociétés de production par rapport aux SMAD, ces sociétés de production ne pouvant détenir, « directement ou indirectement » de parts de capital social ou des droits de vote au sein des SMAD⁵⁴.

Les SMAD, établis sur un territoire tiers et remplissant les critères définis plus haut, se voient également soumis aux mêmes obligations de diffusion que celles pesant sur les SMA traditionnels français. Parmi l'ensemble des œuvres qu'ils diffusent sur le territoire français via leurs plateformes numériques, ces SMAD doivent diffuser 60% d'œuvres européennes audiovisuelles et cinématographiques de plus d'une heure, dont au moins 40% sont des OEOF⁵⁵. Ils sont également tenus de les promouvoir sur leur plateforme⁵⁶.

Le décret du 22 juin 2021, qui vient transposer les dispositions de la directive SMA du Parlement européen et du Conseil, révisée en 2018, contribue donc fortement à la promotion et à la protection du patrimoine cinématographique et audiovisuel français. Il tente de maintenir une concurrence loyale entre les SMA traditionnels français et les plateformes de *streaming* en ligne et devrait permettre aux secteurs audiovisuel et cinématographique français de trouver de nouvelles sources de financement.

⁴⁴ Alinéa 2 de l'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard).

⁴⁵ Article 11 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁴⁶ Constituent des OEOF, des œuvres cinématographiques ou audiovisuelles « réalisées intégralement ou principalement en version originale en langue française ou dans une langue régionale en usage en France » Article 5 du décret n°90-66 du 17 janvier 1990 pris pour l'application de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant la diffusion des œuvres cinématographiques et audiovisuelles.

⁴⁷ Article 10 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁴⁸ Article 14 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Article 16 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁵¹ Article 21 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁵² Article 22 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁵³ Articles 21 et 22 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Article 28 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁵⁶ Article 29 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

« L'exception culturelle française » en filigrane de la modernisation de la régulation audiovisuelle

Le mouvement de modernisation du droit français de la régulation audiovisuelle vise à protéger les œuvres culturelles nationales et européennes en adaptant la législation à l'ère numérique actuelle. Il s'inscrit dans la continuité de la politique culturelle prônée par le gouvernement français depuis les années 1980 qui s'articule autour du concept d'« exception culturelle française »⁵⁷. Cette notion met en avant la particularité de la langue et de la culture française et justifie la mise en place d'une réglementation stricte du secteur culturel, en particulier des secteurs audiovisuels et cinématographiques. Cette visée protectrice des œuvres audiovisuelles et cinématographiques françaises transparaît dans le décret du 22 juin 2021, quitte à parfois éclipser l'objectif de protection des œuvres européennes. Les obligations lourdes qu'elle sous-tend font par ailleurs l'objet de vives critiques de la part de certaines plateformes de vidéo à la demande établies à l'étranger.

L'article 16 du décret du 22 juin 2021 : la protection des œuvres françaises comme priorité

Bien que nombre d'articles du décret du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande soulignent que ce dernier vise à protéger les œuvres cinématographiques et audiovisuelles « européennes » en soutenant leur production⁵⁸ et leur diffusion sur les écrans français⁵⁹, une certaine priorité semble être conférée aux « œuvres d'expression originale françaises ».

L'article 16 du décret est particulièrement explicite en la matière étant donné qu'il stipule que « 85% au moins des dépenses consacrées à la contribution au développement de la production sont consacrées à des œuvres d'expression originale françaises »⁶⁰. La définition donnée de ces « OEOF » dans ledit article est très large : ces œuvres peuvent être des œuvres de « fiction, (d') animation, documentaires de création, y compris ceux qui sont insérés au sein d'une émission autre qu'un journal télévisé ou une émission de divertissement, vidéomusiques et captation ou récréation de spectacles vivants »⁶¹. À travers cet article 16, une préférence est clairement donnée à la protection et à la promotion des OEOF, au détriment des œuvres indépendantes issues d'autres États européens.

Cet article pourrait être perçu par la Commission européenne comme une mesure protectionniste. D'autant plus qu'il peut sembler contraire aux objectifs visés par la directive SMA, laquelle promeut « la diversité culturelle et linguistique »⁶² ainsi que la libre circulation des images au sein du marché intérieur. Elle cherche à harmoniser les législations nationales pour permettre aux citoyens des États membres de l'UE d'avoir accès à une large offre de programmes européens⁶³. Toutefois, la directive SMA confère tout de même une large marge de manœuvre aux États-membres et prévoit la possibilité pour ces derniers de mettre en place des législations plus restrictives afin de promouvoir leurs langues nationales « pour autant que ces règles respectent le droit de l'Union »⁶⁴.

Ainsi, mis à part les limites de l'article 16 évoquées, les autres articles du décret du 22 juin 2021 semblent transposer parfaitement les dispositions de la directive SMA. À titre d'exemple,

⁵⁷ Guerrin Michel, Salino Brigitte, « Au nom de l'« exception culturelle » », *Horizons, Le Monde*, Jeudi 1^{er}-Vendredi 14 mai 2021, page 21.

⁵⁸ Articles 12, 14 à 22 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁵⁹ Articles 28 et 29 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁶⁰ Article 16 du décret n°2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Quatrième considérant de la Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de

certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive SMA).

⁶³ Rojanski Vladimir, « La politique audiovisuelle de l'Union européenne », in *Questions d'Europe, Fondation ROBERT SCHUMAN*, 2006.

⁶⁴ Considérant 78 de la Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive SMA).

l'article 28 du décret qui impose aux éditeurs de services de diffuser un quota de 60% d'œuvres européennes audiovisuelles et cinématographiques de plus d'une heure, et un quota de 40% d'OEOF, est conforme aux dispositions de la directive SMA qui exige que les États membres « *veillent chaque fois que cela est réalisable et par des moyens appropriés, à ce que les organismes de radiodiffusion télévisuelle réservent à des œuvres européennes une proportion majoritaire de leur temps de diffusion* »⁶⁵.

Le décret du 22 juin 2021 entend donc bien protéger à la fois les œuvres européennes et françaises face aux dangers que peuvent engendrer certaines plateformes proposant des services de partage de vidéo. Il est néanmoins apparent que la nouvelle réglementation française met particulièrement l'accent sur l'exigence de protéger les OEOF, conformément à la politique de « l'exception culturelle française ».

La chronologie des médias : une réglementation française critiquée par les SMAD établis à l'étranger

Le décret du 22 juin 2021 a fait l'objet d'un recours gracieux introduit par la plateforme Netflix le 24 août dernier⁶⁶. L'entreprise multinationale a demandé à la Ministre de la Culture d'accélérer la réforme de la législation française concernant la « *chronologie des médias* » qui tarde à se mettre en place alors que le décret est entré en vigueur le 1^{er} juillet dernier.

En effet, afin de préserver le système d'exploitation en salle des films français de la concurrence de la télévision, la loi française prévoit, dans la lignée du principe de « l'exception culturelle française », un délai entre la sortie du film en salle de cinéma et sa diffusion à la télévision française. La détermination de ce délai d'exploitation des œuvres cinématographiques se fait suite à des accords conclus entre les professionnels du cinéma et de l'audiovisuel, le dernier datant du 21 décembre 2018⁶⁷. La directive SMA autorise les États-membres à instaurer une telle « *chronologie des médias* ». Or, le délai imposé par la chronologie française des médias aux plateformes de *streaming* en la matière est de 36 mois⁶⁸, ce qui est extrêmement long et peu adapté à l'environnement numérique actuel au sein duquel les images circulent très rapidement. C'est pourquoi Netflix réclame, en contrepartie des obligations qui lui ont été imposées par le décret du 22 juin 2021, que le délai entre la sortie d'un film en salle de cinéma et sa diffusion sur une plateforme de service de vidéo à la demande soit réduit⁶⁹. La plateforme demande également que certaines de ses productions indépendantes puissent bénéficier des financements du CNC⁷⁰.

À l'heure actuelle, le conflit entre Netflix et le gouvernement français semble loin d'être terminé. Il est fort probable que la plateforme introduise prochainement un recours devant le Conseil d'État français afin de contester cette nouvelle réforme du droit français de la régulation audiovisuelle.

C.B

⁶⁵ Article 16 de la Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive SMA).

⁶⁶ Enguérand Renault, « Netflix a déposé un recours gracieux contre le décret Smad - Le Figaro (en ligne) ». Disponible sur : <https://www.lefigaro.fr/medias/netflix-a-depose-un-recours-gracieux-contre-le-decret-smad-20210909>, consulté le 27 novembre 2021.

⁶⁷ Broyelle Camille, Franceschini Laurence, *Droit de la régulation audiovisuelle*, op.cit., pp 123-124.

⁶⁸ « Réforme de la chronologie des médias : Roselyne Bachelot donne un peu de temps pour trouver un accord -20 minutes (en ligne) ». Disponible sur : <https://www.20minutes.fr/arts-stars/culture/3081535-20210710-reforme-chronologie-medias-roselyne-bachelot-donne-peu-temps-trouve>, consulté le 27 novembre 2021.

⁶⁹ « Les nouvelles obligations des services de médias audiovisuel à la demande enfin fixées -Légipresse 2021 p.312- Dalloz (en ligne) ».

Disponible sur : https://www-dalloz-fr.scd-rproxv.u-strasbg.fr/documentation/Document?cxt=0_YSR0MD1sZXMGbm9IdmVsbGVzIG9ibGlhYXRpb25zIGRlcyBzZXJ2aWNlcyBkZSBtw6lkWFZlIGF1ZGlvZmVzsc8KneCRZzjlzaW1wbGUtc2VhemNo&cxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCp3MkdHJpZGF0ZTlGYWxzcKncYRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2x0YlBhZz0yMMKncYRpC2Fibz1UcnVlwdzJHBhZ2luZz1UcnVlwdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXRnjb3BIPUZhbHNlwdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUElJlZXRnjb3BIPUZhbHNlwdzJGZsb3dNb2RlPUZhbHNlwdzJGJxPcKncYRzZWfYyZ2hMYWJlbd3Cp3Mkc2VhemNoQ2xhc3M9&id=LEGIPRESS%2FCHRON%2F2021%2F0810, consulté le 20 novembre 2021.

⁷⁰ « Création française : le décret précisant les obligations de Netflix et consorts publié au « JO » » - Les Echos (en ligne). Disponible sur : <https://www lesechos.fr/tech-medias/medias/creation-francaise-le-decret-precisant-les-obligations-de-netflix-et-consorts-publie-au-jo-1326356>, consulté le 28 novembre 2021.

Sciences Po Strasbourg

École de l'Université de Strasbourg

Retrouvez l'ADERE et ses publications :

www.adere-scpostrasbourg.com

Mail / adere.iep@gmail.com

Linkedin / ADERE Sciences Po Strasbourg

Facebook / ADERE – Association du M2 Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe



Tous droits réservés

Association du Master 2 Droit de l'Économie et de la Régulation en Europe
Sciences Po Strasbourg - École de l'Université de Strasbourg