

R E P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E



GROUPE
LES REPUBLICAINS

Le Président

Monsieur Laurent FABIUS
Président
Conseil Constitutionnel
2 rue de Montpensier
75001 PARIS

Paris, le 30 septembre 2021

Monsieur le Président,

En application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, j'ai l'honneur, avec plus de soixante de mes collègues, de demander au Conseil Constitutionnel de se prononcer sur la conformité de la loi relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique.

A cet effet, vous voudrez bien trouver, ci-joint, la liste des signataires de cette demande, ainsi qu'un mémoire reprenant les motifs développés par les auteurs de cette saisine.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma haute considération.

Bruno RETAILLEAU



GROUPE
LES REPUBLICAINS

Paris, le 30 septembre 2021

Saisine du Conseil constitutionnel du Groupe LR au Sénat

Loi relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Les sénateurs soussignés ont l'honneur de soumettre à votre examen, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique, aux fins de déclarer contraire à la Constitution son article 13 portant atteinte au principe de proportionnalité des peines.

ARTICLE 13, CONTRAIRE AU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE DES PEINES

L'article 13 de la loi fixe un montant maximal aux pénalités que pourra infliger la future autorité de régulation, l'Arcom, en cas de non-respect par les éditeurs de services de leurs obligations en matière de financement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles.

Actuellement, la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (loi Léotard), qui fixe les obligations des éditeurs, prévoit dans son article 42-2 qu'en cas de manquement à ces obligations : « *le montant de la sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement, sans pouvoir excéder 3 % du chiffre d'affaires hors taxes, réalisé au cours du dernier exercice clos calculé sur une période de douze mois. Ce maximum est porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation* ».

L'article 13 de la loi envisagée relève le montant maximal de la sanction pécuniaire en proportion du montant de l'obligation incombant à l'éditeur, au lieu du pourcentage du chiffre d'affaires, dans l'objectif « d'en garantir l'effet dissuasif et proportionné ».

Ainsi, l'article 13 énonce : « *Après le premier alinéa de l'article 42-2 de la loi du 30 septembre 1986 précitée, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :*

En cas de manquement à l'obligation de contribution au développement de la production mentionnée au 3° de l'article 27, au 6° de l'article 33, au 3° de l'article 33-2 ou aux II à IV de l'article 43-7 de la présente loi et par dérogation à l'alinéa précédent, le montant maximal de

cette sanction ne peut excéder deux fois le montant de l'obligation qui doit être annuellement consacrée à la production et trois fois en cas de récidive ».

Les sénateurs soussignés soulignent le caractère disproportionné de ces dispositions.

Un amendement avait d'ailleurs été adopté par le Sénat en première lecture, visant à restreindre l'assiette de la sanction au montant « du manquement » à l'obligation consacrée à la production, et non au montant total de cette obligation. Cette rédaction a cependant été rejetée par l'Assemblée nationale.

A l'appui de cet amendement, les sénateurs présentaient l'argumentation suivante :

« L'ampleur de la modification envisagée par l'article 13 aboutirait, par rapport au plafond en vigueur, à des montants de sanction totalement déconnectés, d'une part, des bénéfices éventuels résultant du manquement, puisque la sanction serait désormais calculée non plus sur la part non réalisée des obligations, mais sur leur assiette totale ; d'autre part, des niveaux de sanction maximale auxquels peuvent recourir les autres autorités administratives indépendantes comparables au CSA, fondés sur un pourcentage de chiffre d'affaires ; enfin, de la jurisprudence du CSA en matière de sanctions, par rapport à laquelle ce changement introduit une rupture radicale.

Il en ressort un caractère manifestement disproportionné au regard de la nature du manquement, rendant cette disposition potentiellement confiscatoire pour des éditeurs nationaux dont la situation financière est sans commune mesure avec des acteurs mondialisés (plateformes étrangères) certes soumis au même cadre depuis l'ordonnance du 20 décembre 2020, mais pour lesquels l'impact économique de ce nouveau régime de sanction serait infiniment moindre. Au manque de proportionnalité s'ajoute donc un risque également manifeste de rupture du principe d'égalité.

Pourtant, l'objectif exprimé par les pouvoirs publics, dans ce projet de loi comme dans les autres ajustements normatifs en cours dans le secteur, vise précisément à lever les asymétries entre les acteurs étrangers et les éditeurs audiovisuels domestiques en renforçant le caractère équitable de l'environnement national. L'article 13 dans sa rédaction actuelle va à l'encontre de cet objectif. »

Cette disproportion peut être démontrée au regard du droit constitutionnel :

Les amendes prononcées par les autorités de régulation pour sanctionner un manquement présentent par essence « le caractère d'une punition » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (depuis la décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils).

Or, selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dont une décision récente (n° 2021-908 QPC du 26 mai 2021, Sté KF3 Plus), « les principes énoncés par cet article s'appliquent non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction

ayant le caractère d'une punition. Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ».

Le législateur n'est donc jamais autorisé à permettre à une autorité administrative indépendante de prononcer des amendes qui ne seraient pas « strictement et évidemment nécessaires » au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme. Il lui est interdit de se faire l'agent d'une sanction disproportionnée.

Se pose alors la question de savoir si fixer comme plafond de sanction un montant représentant « deux fois le montant de l'obligation qui doit être annuellement consacrée à la production et trois fois en cas de récidive » est ou non disproportionné.

Le Conseil constitutionnel a posé en pareil cas que la loi doit faire dépendre le montant de l'amende d'un « lien » entre l'infraction constatée et l'assiette de sanction retenue (décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière). Cela signifie donc, non seulement que le montant de l'amende doit être rendu adéquat à la surface financière de l'entreprise, mais aussi et surtout qu'il doit être articulé au profit qu'elle a illégalement retiré de son acte. C'est bien entre « l'infraction » et l'assiette de référence de la sanction que ce « lien » doit être tissé.

Tel n'est pas le cas dans la rédaction prévue par l'article 13.

Contrairement à la version votée par le Sénat, l'Arcom sera mise en situation de pouvoir prononcer une sanction très importante – puisqu'indexée sur le montant multiplié de toute l'obligation – alors que le manquement allégué pourra ne porter que sur une part, le cas échéant très mineure, de cette même obligation.

L'application de ce système aboutirait, en pratique, à des augmentations très conséquentes dans tous les cas de figure. Cette disproportion peut être illustrée par plusieurs exemples.

Exemples :

Le droit encore applicable conduit à ce que le montant de la sanction soit fixé à 3 % du chiffre d'affaires de l'éditeur. Le projet du gouvernement prévoit de l'indexer sur des obligations de contribution qui sont fixées par décret et varient en fonction des caractéristiques des éditeurs en question : services gratuits ou services payants, services de cinéma ou autres que de cinéma.

- Si l'on prend la situation d'un service de télévision gratuit et ses obligations en matière de production audiovisuelle et que l'on fait l'hypothèse d'un chiffre d'affaires de référence de 1 milliard d'euros, l'obligation audiovisuelle de référence est de 150 millions d'euros (correspondant à 15% du CA en application de l'article 9 du décret 2010-747 du 2 juillet 2010). Il s'ensuit que, dans le cadre actuel, la sanction financière maximale possible est la suivante :

	Sanction	En cas de récidive
Sanction maximale (%)	3% du CA	5% du CA
Sanction maximale (millions d'euros)	30	50

S'il fallait désormais appliquer le mode de calcul retenu dans la rédaction de l'article 13, les chiffres engagés s'établiraient comme suit :

	Sanction	En cas de récidive
Sanction maximale	2 x obligation	3 x obligation
Sanction maximale (millions d'euros)	300	450

- Si l'on prend l'exemple d'un service de cinéma de 1ère diffusion de télévision payante et ses obligations en matière de production cinématographique en formant l'hypothèse d'un chiffre d'affaires de référence de 500 millions d'euros, l'obligation de référence est de 130 millions d'euros (correspondant à 26% du CA en application de l'article 35 du décret 2010-747 précité). Dans le cadre actuel, le plafond de la sanction financière est le suivant :

	Sanction	En cas de récidive
Sanction maximale (%)	3% du CA	5% du CA
Sanction maximale (millions d'euros)	15	25

S'il fallait maintenant appliquer le mode de calcul retenu dans l'article 13, les chiffres engagés s'établiraient comme suit :

	Sanction	En cas de récidive
Sanction maximale (%)	2 x obligation	3 x obligation
Sanction maximale (millions d'euros)	260	390

Enfin, un dernier argument peut être invoqué à l'appui du caractère disproportionné des dispositions de l'article 13 : la jurisprudence du Conseil constitutionnel laisse une large place à la nécessaire prise en compte de la bonne foi du contrevenant, c'est-à-dire au caractère possiblement non intentionnel de certaines infractions.

Ainsi dans une décision n° 2018-739 QPC du 12 octobre 2018, Sté Dom Com Invest, concernant la sanction d'un avantage fiscal indûment obtenu, sans considération de la bonne foi de l'auteur du manquement sanctionné : *« le législateur a poursuivi l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Toutefois, en sanctionnant d'une amende d'un montant égal à l'avantage fiscal indûment obtenu par un tiers ou à 25 % des sommes indûment mentionnées sur le document sans que soit établi le caractère intentionnel du manquement réprimé, le législateur a institué une amende revêtant un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité de ce manquement. Par conséquent, le premier alinéa de l'article 1740 A du code général des impôts, qui méconnaît le principe de proportionnalité des peines, doit être déclaré contraire à la Constitution, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief »*.

En l'espèce, le calcul de la contribution des éditeurs de services à la production cinématographique et à la production audiovisuelle est objectivement compliqué. Il donne fréquemment lieu à des désaccords entre l'administration et les redevables. La probabilité est donc très forte de voir l'Arcom sanctionner un manquement portant sur une fraction de contribution que l'éditeur a des raisons sérieuses de n'avoir pas pensé due. On peut en déduire une disproportion flagrante de la sanction.

Pour l'ensemble de ces raisons, les sénateurs soussignés demandent au Conseil constitutionnel de déclarer l'article 13 contraire à la Constitution.

Les sénateurs soussignés compléteront, le cas échéant, cette demande dans des délais raisonnables.