

**Avis de la Haute Autorité pour la protection des droits et la diffusion des œuvres sur
Internet n° 2021/01 du 22 février 2021**

Sur le projet d'ordonnance portant transposition du 6 de l'article 2 et des articles 17 à 23 de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE

et

Sur le projet de décret relatif à la procédure applicable lorsque la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet est saisie en application de l'article L. 331-38 du code de la propriété intellectuelle.

Le Collège de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la diffusion des droits sur internet,

Vu le code de la propriété intellectuelle, notamment ses articles L. 331-13 et R. 331-4 ;

Vu le courrier du secrétaire général du ministère de la culture, en date du 3 février 2021, sollicitant l'avis de la Haute Autorité sur le projet d'ordonnance portant transposition du 6 de l'article 2 et des articles 17 à 23 de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE ainsi que sur le projet de décret relatif à la procédure applicable lorsque la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet est saisie en application de l'article L. 331-38 du code de la propriété intellectuelle joint à cette saisine ;

Après en avoir délibéré,

Emet l'avis suivant :

Observations générales sur le projet d'ordonnance

Le Collège de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet se félicite de la rapidité d'élaboration, malgré le contexte de crise sanitaire, de l'ordonnance portant transposition de la directive UE 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique consistant notamment à mettre en œuvre l'article 17, qui s'avère être un enjeu essentiel pour le secteur culturel en matière de protection et de valorisation des droits d'auteur.

Ce processus législatif traduit l'engagement du Gouvernement français dans la définition d'un régime de responsabilité *ad hoc* impliquant les grandes plateformes dans la lutte contre les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sur internet. En garantissant un juste équilibre entre la protection des œuvres et les droits fondamentaux des utilisateurs, l'article 17 de la directive constitue une avancée majeure pour l'application du droit d'auteur et la diffusion des œuvres dans l'univers numérique.

Le texte opère une transposition fidèle du texte européen et transcrit ses objectifs en termes de respect des droits d'auteur, de responsabilisation des plateformes et de droit au recours des utilisateurs.

La Haute Autorité salue le choix des pouvoirs publics de placer au cœur de ce dispositif, comme elle l'appelait de ses vœux dans son avis du 24 octobre 2019 sur le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, une autorité publique en charge de veiller à sa mise en œuvre effective. La loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière prévoit d'ailleurs au 2 du I de l'article 34 « *l'intervention de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet pour veiller à la mise en œuvre effective des dispositions de l'article 17 de la même directive* ».

Le projet de transposition de l'article 17 de la directive soumis à la consultation de la Haute Autorité s'inscrit dans le prolongement du travail de la commission des affaires culturelles et de l'éducation de l'Assemblée nationale et s'appuie également sur les rapports rendus par la mission conjointe conduite par l'Hadopi, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) et le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), en reprenant notamment les principales propositions qui visent à consacrer un rôle central au régulateur dans la recherche et le maintien des équilibres fixés par l'article 17.

Le Collège de la Haute Autorité note avec intérêt que le texte proposé préserve une certaine souplesse pour la mise en œuvre des dispositions de l'article 17 afin qu'elles ne deviennent pas obsolètes ou inopérantes compte tenu de la rapidité des évolutions technologiques et des usages.

Observations spécifiques sur certains articles

Articles 1 et 2

Sur la qualification de fournisseur d'un service de partage de contenus en ligne introduite à l'article L. 137-1 du code de la propriété intellectuelle

La Haute Autorité constate que le projet d'ordonnance reprend textuellement la définition de fournisseur d'un service de partage de contenus en ligne telle qu'elle figure au 6) de l'article 2 de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

Elle observe que le Conseil d'Etat, dans son avis sur le projet de loi audiovisuel, s'était interrogé sur le champ d'application de la notion de fournisseur d'un service de partage de contenus en ligne, le point 63 de la directive qui précise « *que l'évaluation visant à déterminer si un fournisseur donne accès à une quantité importante de contenus protégés* » invitant à procéder à une telle recherche « *au cas par cas* » par prise en compte de divers éléments, non limitativement énumérés, comme l'audience du service ou le nombre de fichiers téléversés.

Le Conseil a considéré en conséquence que le décret auquel il était renvoyé par le projet de loi devait conduire à ce que la définition d'un service de fournisseur en ligne ne résulte pas de la seule prise en compte « *de critères exclusivement quantitatifs* ».

Il ressort implicitement d'une telle opinion que le Conseil ne semble pas avoir considéré le renvoi à un décret d'application comme indispensable à une définition affinée du fournisseur d'un service de partage de contenus en ligne puisqu'il rappelle qu'il convient d'apprécier « *au cas par cas* » si une telle qualification peut être ou non retenue.

Il est effectivement apparu à l'Hadopi, dans le cadre de travaux de réflexion prospectifs, qu'une approche strictement quantitative, relative à l'audience et au nombre d'œuvres téléversées, ne serait pas pertinente pour qualifier l'activité d'un service de partage de contenus. La précision de seuils

s'avèrerait en pratique rapidement obsolète, de tels seuils apparaissant, au demeurant, peu compatibles avec la notion d'appréciation « *au cas par cas* », correspondant à l'intention des législateurs français et européen.

Enfin, de telles précisions, si elles figuraient dans un décret, pourraient poser problème quant à leur conventionnalité en particulier si elles en venaient à être regardées comme posant un critère de qualification supplémentaire par rapport au contenu du 6) de l'article 2 de la directive, qui seul a une valeur normative, ou même par rapport à son considérant 63.

Le Collège de l'Hadopi estime en tout état de cause pertinent que le projet d'ordonnance ne renvoie pas à un acte réglementaire pour son application.

Sur la référence au principe de proportionnalité au 2 du III de l'article L.137 -2 du code de la propriété intellectuelle (CPI) (pour le droit d'auteur) et au 2 du III de l'article L. 219-2 du CPI (pour les droits voisins)

Le 5 de l'article 17 de la directive précise que l'examen des différents éléments « *pour déterminer si le fournisseur de services a respecté les obligations qui lui incombent* » se fait « *à la lumière du principe de proportionnalité* ».

Cette précision est absente du projet de transposition en raison de son caractère implicite. Pour autant, dans la mesure où elle figure dans le texte de la directive ainsi que dans les projets de transposition dont la Haute Autorité a pu avoir connaissance¹, sa mention expresse pourrait être de nature à rassurer les plateformes qualifiées de fournisseur de services.

Sur l'exclusion des services illicites du dispositif par le 5 du III de l'article L.137 -2 (pour le droit d'auteur) et par le 5 du III de l'article L. 219-2 (pour les droits voisins)

Le Collège de la Haute Autorité avait relayé, dans son avis du 24 octobre 2019 sur le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, la demande des ayants droit d'introduire dans le texte de transposition de l'article 17 de la directive les dispositions du considérant 62 selon lesquelles, le mécanisme d'exonération de responsabilité instauré par cet article « *ne devrait pas s'appliquer aux fournisseurs de services dont l'objectif principal est de se livrer à du piratage de droit d'auteur ou de le faciliter* ».

Il se félicite donc que cette mention figure, sous une forme renforcée, dans le projet d'ordonnance. Ainsi que le prévoyait le projet de loi dit « audiovisuel » dans la définition des fournisseurs de service de partage de contenus² comme les définitions régulièrement utilisées pour qualifier les dispositifs de contournement il pourrait être précisé « *dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de diffuser sans autorisation des œuvres protégées ou de faciliter cette diffusion* ».

A cet égard, le Collège de la Haute Autorité relève que cette approche serait cohérente avec la mission qui pourrait être confiée à l'Hadopi d'identification des services contrefaisants ainsi que le prévoyait

¹ Les projets de transposition des pays suivants : Allemagne, Autriche, Danemark et Pays-Bas

² L'article 16 du projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique prévoit : « Art. L. 137 1. – I. – Pour l'application des articles L. 137 2 à L. 137 4, est qualifiée de fournisseur d'un service de partage de contenus en ligne la personne qui fournit un service de communication au public en ligne dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, que le fournisseur de service organise et promeut en vue d'en tirer un profit, direct ou indirect. » (Souligné par nos soins)

d'ailleurs le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, mission que l'Hadopi appelle de ses vœux.

Sur les droits des utilisateurs mentionnés aux articles L. 137-4 (pour le droit d'auteur) et l'article L. 219-4 (pour les droits voisins)

Sur le bénéfice des exceptions

Le Collège de la Haute Autorité approuve les dispositions prévues pour le I de ces deux articles qui retranscrit fidèlement l'équilibre recherché au niveau européen entre protection des droits, diffusion des œuvres et libre exercice de certains usages.

Sur ce point, le Collège se félicite que le projet d'ordonnance reprenne les recommandations formulées par la Haute Autorité dans son avis n°2019/01 du 24 octobre 2019 sur le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique³ consistant à mentionner explicitement, dans le corps même des dispositions proposées, les limitations au droit d'auteur, les accords volontaires et le bénéfice des exceptions sans toutefois les détailler.

Le Collège de la Haute Autorité prend acte du choix de ne pas énumérer ces exceptions. Il entend souligner sur ce point qu'il conviendra cependant d'encourager les plateformes, sur la base de recommandations de l'Hadopi, à mieux sérier dans les formulaires les motifs de contestation afin de faciliter et d'accélérer les traitements des plaintes. Ces premières informations pourraient également s'avérer utiles au stade du règlement de différends pour identifier les types de litiges soulevés, l'intérêt à agir du requérant et les éventuelles fins de non-recevoir. Ces éléments seraient aussi de nature à permettre de limiter les contestations infondées ou abusives et d'éviter ainsi l'explosion du nombre de recours.

Sur les personnes susceptibles de saisir l'Hadopi

Le Collège de la Haute Autorité prend acte de la rédaction proposée pour le IV des articles L. 137-4 et L. 219-4 du code de la propriété intellectuelle aux termes de laquelle : « l'utilisateur ou le titulaire de droits » - d'auteur ou voisins – « *peuvent saisir l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique en cas de litige sur les suites données par le fournisseur de service à la plainte de l'utilisateur* ».

Ces dispositions introduisent, conformément au paragraphe 9, alinéa 2 de l'article 17 de la directive, un recours extra-judiciaire de l'utilisateur et, par voie de conséquence, de l'ayant droit.

En effet, même si les dispositions de l'article 17 de la directive incitent le fournisseur à mettre automatiquement en œuvre la décision de l'ayant droit tendant soit au maintien du blocage d'un contenu protégé, soit à la levée de ce blocage, c'est bien ledit fournisseur qui dispose des moyens techniques pour mettre en place la mesure demandée et qui pourrait être enclin à s'octroyer, en pareil cas de figure, un pouvoir d'appréciation de la position de l'ayant droit. La plateforme pourrait, de fait, si elle considère que sa position est solide, mettre en place une mesure contraire à la volonté de l'ayant droit. Dans une telle hypothèse, l'ayant droit aurait intérêt à contester la position de la plateforme.

Il apparaît ainsi au Collège de la Haute Autorité que le dispositif prévu dans le projet d'ordonnance pourrait être précisé pour fixer plus exactement l'étendue du droit au recours des utilisateurs et des ayants droit.

³ [Avis n°2019/01 du 24 octobre 2019 de l'Hadopi sur le PL communication audiovisuelle.pdf](#)

Le IV des articles L.137-4 et L. 219-4 dispose donc, en l'état actuel du projet d'ordonnance : « l'utilisateur ou le titulaire de droits » - d'auteur ou voisins – « *peuvent saisir l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique en cas de litige sur les suites données par le fournisseur de service à la plainte de l'utilisateur* ».

Cette rédaction ne semble pas couvrir tous les cas dans lesquels l'ayant droit serait légitime à exercer un recours. Le Collège a souhaité que différentes possibilités soient envisagées.

Premièrement, l'idée d'un recours des ayants droit devant l'Hadopi sur le sort d'un contenu en particulier pourrait être maintenue et étendue au cas de refus de donner suite à une notification de retrait adressée par l'ayant droit à la plateforme.

Deuxièmement, il serait également souhaitable de créer une procédure *ad hoc* qui permettrait à l'Hadopi d'intervenir sur des mesures « structurelles », dans l'esprit du règlement des différends relatifs à l'interopérabilité (art. L. 331-32 du code de la propriété intellectuelle).

Cette option, qui n'est pas sans précédent dans les pouvoirs confiés à l'Hadopi, compléterait son rôle dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 17, puisqu'elle lui donnerait la possibilité d'intervenir, au stade du règlement de litiges, dans la définition des politiques d'application de l'article 17 par les plateformes et les ayants droit.

Une rédaction possible serait donc la suivante (proposée pour les articles L. 137-4 et L. 219-4 du code de la propriété intellectuelle).

La rédaction ci-dessous est proposée pour l'article L. 137-4 (droit d'auteur) :

« IV. - Sans préjudice de son ~~leur~~ droit de saisir le juge, l'utilisateur ~~ou le titulaire de droits d'auteur~~ peuvent saisir la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet en cas de litige sur les suites données à sa plainte par le fournisseur de service ~~à la plainte de l'utilisateur~~.

Le titulaire de droits d'auteur peut saisir la Haute Autorité en cas de litige sur les suites données par le fournisseur de service à une notification de blocage ou de retrait d'un contenu qu'il lui a adressée ou à la plainte d'un utilisateur.

Le titulaire de droits d'auteur peut également saisir la Haute Autorité en cas de litige sur la mise en œuvre, par un fournisseur de service, des conditions prévues aux b et c du 1 ou au b du III de l'article L. 137-2. » (le reste inchangé)

La rédaction suivante est proposée pour l'article L. 219-4 (droits voisins) :

« IV. - Sans préjudice de son ~~leur~~ droit de saisir le juge, l'utilisateur ~~ou le titulaire de droits d'auteur~~ peuvent saisir la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet en cas de litige sur les suites données à sa plainte par le fournisseur de service ~~à la plainte de l'utilisateur~~.

Le titulaire de droits voisins peut également saisir la Haute Autorité en cas de litige sur les suites données par le fournisseur de service à une notification de blocage ou de retrait d'un contenu qu'il lui a adressée ou à la plainte d'un utilisateur.

Le titulaire de droits voisins peut également saisir la Haute Autorité en cas de litige sur la mise en œuvre, par un fournisseur de service, des conditions prévues aux b et c du 1 ou au b du III de l'article L. 219-2. » (le reste inchangé)

On peut se demander, pour l'application du troisième alinéa du IV dans sa rédaction ci-dessus proposée, s'il convient de maintenir le délai de deux mois au II de l'article L. 331-38 du code de la propriété intellectuelle qui paraît très court au regard des problématiques à traiter. Le second alinéa du II de l'article L. 331-38, pourrait alors être modifié de la façon suivante : « (...) *A compter de sa saisine, la Haute Autorité rend sa décision dans un délai de deux mois, lorsqu'elle est saisie en application du premier et du deuxième alinéa du IV de l'article L. 137-4 ou de l'article L. 219-4, et de six mois, lorsqu'elle est saisie par un titulaire de droits d'auteur ou de droits voisins en application du troisième alinéa du IV de l'article L. 137-4 ou de l'article L. 219-4.* ».

On peut s'interroger sur le nombre de saisines dont l'Hadopi pourrait faire l'objet sur le fondement des propositions de texte précitées.

Sur l'information des utilisateurs

Le IV de l'article L. 137-4 (pour le droit d'auteur) et de l'article L. 219-4 (pour les droits voisins) renvoie uniquement aux conditions générales des plateformes pour informer les utilisateurs du droit applicable.

Dans un souci de cohérence, d'unité et de sécurité juridique, le Collège de la Haute Autorité considère qu'elle pourrait, comme souligné dans son rapport conjoint sur les outils de reconnaissance de contenus publié le 19 janvier 2021, être expressément chargée d'encourager la diffusion de lignes directrices ou règles généralement appliquées par les ayants droit dans la mise en œuvre des outils de reconnaissance et prévoir, à l'échelle des différents secteurs, la réalisation d'études d'usages.

Parallèlement, le régulateur pourrait être chargé de diffuser des recommandations générales, de valoriser les bonnes pratiques et d'encourager les tolérances dans les règles de gestion des ayants droit selon le type de contenus et les plateformes concernées.

Enfin, au-delà même des règles de gestion, il est primordial de connaître les conditions de leur application par les plateformes. Pour ce faire, il faudrait améliorer la transparence quant au paramétrage des algorithmes utilisés pour mettre en œuvre lesdites règles. A ce titre, l'article pourrait être utilement complété en prévoyant la possibilité pour la Haute Autorité d'obtenir la communication de toute information utile (y compris la documentation, les données et explications nécessaires) concernant l'usage des algorithmes et solutions techniques mises en œuvre par les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne.

Article 3

Le Collège de la Haute Autorité se félicite de ce que la mission d'évaluation confiée à l'autorité permette la mise en œuvre de plusieurs des propositions issues de la mission conjointe de l'Hadopi, du CSPLA et du CNC⁴.

Article 4

⁴ Les propositions 3, 4, 5, 6, 8 et 10 du rapport

Le Collège s'interroge sur la détermination des parties au litige devant la Haute Autorité (ce qui pourra dépendre de la rédaction finale de l'article L. 137-4).

La lecture du II de l'article L.331-38 introduit par l'article 4 du projet d'ordonnance pourrait laisser penser que les parties au litige seraient, d'une part, la plateforme et, d'autre part, selon l'auteur de la saisine, le titulaire de droits ou l'utilisateur. Or, la plateforme pourrait ne pas être à même de disposer des arguments pertinents à la place des ayants droit en cas de recours des utilisateurs, ou, à l'inverse, des arguments des utilisateurs en cas de recours des ayants droit.

Le Collège relève que le projet d'ordonnance prévoit que la Haute Autorité met « *selon l'auteur de la saisine, le titulaire de droits ou l'utilisateur à même de présenter leurs observations* ». Le Collège considère que cette disposition est particulièrement importante afin que les parties au litige ne soient pas seulement la plateforme et l'utilisateur ou la plateforme et le titulaire de droit.

Il apparaît en effet nécessaire que la « troisième partie » (c'est-à-dire celle qui n'est ni la plateforme, ni à l'origine de la saisine) soit obligatoirement mise dans la cause par l'Hadopi. Le projet apparaît ainsi satisfaisant sur ce point.

Le Collège considère, en outre, qu'un délai dans lequel l'Hadopi pourra être saisie pourrait être fixé afin de réduire le risque de saisines tardives sur des blocages remontant à plusieurs mois.

Enfin, le Collège est favorable au caractère non suspensif du recours formé devant la Cour d'appel de Paris à l'encontre d'une décision rendue par la Haute Autorité à l'issue de la procédure de règlement des différends, tel que prévu aux dispositions de l'alinéa 4 de l'article L. 331-38.

Observations sur le projet de décret

Sur le projet de décret lié à la procédure de saisine de l'Hadopi en application de l'article L. 331-38 du code de la propriété intellectuelle :

Le Collège de la Haute Autorité salue le choix d'insérer les dispositions relatives au règlement de différends dans la sous-section 4 de la section 2 du chapitre 1er du titre III du livre III du code de la propriété intellectuelle relative à la mission de veille et de régulation dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin.

Il prend acte de la faculté de conciliation mentionnée au I de l'article L. 331-38 soumise aux modalités prévues à l'article R. 331-72. La Haute Autorité relève avec intérêt que la procédure de règlement des différends est instruite « *sans préjudice de la faculté de conciliation mentionnée au I* » et non « *à défaut de conciliation dans les 2 mois* » comme c'est le cas pour la procédure de règlement des différends prévue à l'article L. 331-35 du CPI. Cette formule laisse à l'Hadopi, ce qui est bienvenu, toute liberté d'appréciation sur l'opportunité d'engager une phase de conciliation ou d'en faire l'économie à chaque fois que la configuration du litige ne permet pas d'espérer une issue favorable.

L'article 1^{er} apporte des modifications à des dispositions relatives à des sections du code différentes : à des fins de clarification, il conviendrait de déplacer la mention « *La sous-section 4 de la section 2 du chapitre 1er du titre III du livre III du code de la propriété intellectuelle (partie règlementaire)* » après le I.

S'agissant de la modification de l'intitulé il conviendrait également, à des fins de cohérence, de procéder à la modification de la sous-section 4 de la section I du Chapitre Ier du titre III du code de la propriété intellectuelle (partie législative).

Le Collège de la Haute autorité s'interroge, par ailleurs, sur la modification de la définition de la mission de régulation des mesures techniques de protection désormais établie comme suit : « *Mission de régulation visant à préserver certaines utilisations licites* ». Afin de mieux décrire le périmètre de la mission, il est suggéré de la dénommer de la manière suivante : « *Mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin ainsi que des mesures de protection et de valorisation des contenus protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin mises en œuvre par les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne* ».

Cette modification impliquerait également que soit modifiée la partie législative du code y afférente, le 3° de l'article L. 331-13 du code de la propriété intellectuelle relatif aux missions de la Haute Autorité.

Enfin, au III de l'article 1e du projet de décret, il conviendrait de remplacer l'article R. 335-56 par R. 331-56 du CPI.

Le présent avis sera transmis au Gouvernement et rendu public conformément à l'article 22 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

Fait à Paris, le 22 février 2021,

Pour le Collège de la Haute Autorité,
La Présidente,

Monique Zerbib

