

Avis n°2021/02 du 18 mars 2021

sur le projet de loi relatif à la protection de l'accès du public aux œuvres culturelles à l'ère numérique

et

sur le projet de loi organique relatif à la protection de l'accès du public aux œuvres culturelles à l'ère numérique modifiant la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution

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

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

Vu le courrier de la ministre de la culture en date du 10 mars 2021 sollicitant l'avis de la Haute Autorité sur le projet de loi relatif à la protection de l'accès du public aux œuvres culturelles à l'ère numérique et sur le projet de loi organique relatif à la protection de l'accès du public aux œuvres culturelles à l'ère numérique modifiant la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution ;

Vu l'avis de la Commission de protection des droits en date du 17 mars 2021 ;

Vu le déport de Madame Franceschini sur les dispositions relatives au cadre institutionnel d'exercice des missions relatives à la protection des droits et à la diffusion des œuvres sur internet (articles 4 et 5 du projet de loi relatif à la protection de l'accès du public aux œuvres culturelles à l'ère numérique) ;

Après en avoir délibéré,

Émet l'avis suivant :

I/ SUR LE PROJET DE LOI ORGANIQUE MODIFIANT LA LOI ORGANIQUE N° 2010-837 DU 23 JUILLET 2010 RELATIVE À L'APPLICATION DU CINQUIEME ALINEA DE L'ARTICLE 13 DE LA CONSTITUTION

L'article unique de ce projet n'appelle pas d'observations de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi), en ce qu'il prévoit que le président de la nouvelle autorité résultant de la fusion du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et de l'Hadopi sera nommé par le Président de la République après avis public de la commission permanente de chaque assemblée et à la condition que l'addition des votes négatifs dans chaque commission ne représente pas plus des trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions.

II/ SUR LE PROJET DE LOI RELATIF A LA PROTECTION DE L'ACCES DU PUBLIC AUX ŒUVRES CULTURELLES A L'ERE NUMERIQUE

1) Observations d'ordre général

S'agissant de l'évolution des missions relatives à la protection des droits et à la diffusion des œuvres sur internet :

L'Hadopi se félicite de la volonté du Gouvernement de réaffirmer son engagement en faveur de la protection des droits à travers le renforcement des moyens d'action destinés à lutter contre toutes les formes de piratage. Ce renforcement répond aux constats et attentes de notre institution, tels qu'elle a pu les exprimer à travers ses contributions et propositions tendant à donner un nouvel élan à la politique publique de protection de la création sur internet.

Elle constate que les orientations retenues dans ce projet pour mieux lutter contre la contrefaçon sur internet, pragmatiques et ambitieuses, intègrent la mesure des risques que présente le numérique pour le secteur de la création.

L'Hadopi salue le choix des pouvoirs publics de confier à l'autorité publique un rôle étendu dans la mise en place de ce nouveau dispositif qui lui permettra, par la mise en œuvre des différents moyens d'actions souples et agiles institués par le projet de loi, de faire face aux nouveaux défis posés par la complexité croissante de l'écosystème de la piraterie sur internet, la facilité de contournement des décisions de justice et la multiplicité des acteurs concernés.

Elle estime opportune la création d'un dispositif dédié à la lutte contre le piratage des retransmissions sportives prenant en compte les spécificités de ce secteur dont la valeur des contenus est élevée mais éphémère. Les dispositions innovantes envisagées semblent de nature à prévenir la fragilisation des acteurs économiques intéressés et à préserver ainsi les recettes fiscales et sociales de l'État liées à l'activité économique de ce secteur.

L'Hadopi considère toutefois que certaines dispositions complémentaires pourraient accroître l'efficacité attendue du dispositif introduit par le projet de loi.

Il lui apparaît en ce sens que devrait être confiée à la future Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom), issue de la fusion entre l'Hadopi et le CSA, une fonction de représentation et de coopération internationale en matière de lutte contre les formes fréquemment transnationales de piratage, tous les pays étant appelés à combattre ces manifestations modernes de fraude.

Elle regrette à ce titre que le projet de loi n'aligne pas une telle fonction de l'Arcom sur celle, plus précise et étendue, attribuée au plan international à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep)¹.

L'Hadopi considère enfin, en accord avec la Commission de protection des droits, que la procédure de réponse graduée gagnerait, en cas d'échec de la phase pédagogique d'avertissements, à ce que l'autorité publique indépendante dispose d'un pouvoir de transaction pénale et de citation directe

¹ Ainsi, l'article L. 36-5 du code des postes et communications électroniques permet au régulateur des communications électroniques d'avoir une fonction de représentation et de coopération notamment avec « *les autorités compétentes des autres États membres de l'Union européenne et avec la Commission européenne afin de veiller à une application coordonnée et cohérente de la réglementation* ».

devant le tribunal de police. Un tel pouvoir, souhaité par de nombreux acteurs du secteur, serait de nature, en donnant à la réponse pénale un caractère moins aléatoire qu'aujourd'hui, à en améliorer l'effet dissuasif et donc à accroître la portée des avertissements adressés aux internautes contrevenants lors de la phase pédagogique de la procédure de réponse graduée.

S'agissant du cadre institutionnel d'exercice des missions relatives à la protection des droits et à la diffusion des œuvres sur Internet :

L'Hadopi prend acte de la volonté du Gouvernement de créer une nouvelle autorité regroupant l'Hadopi et le CSA et de doter celle-ci de la capacité de mettre en œuvre de plus vastes et plus puissantes modalités de régulation des communications audiovisuelles et numériques que celles en usage. Elle souligne cependant les inquiétudes que suscite une telle création.

L'Hadopi relève que, si son rapprochement avec le CSA se traduit juridiquement par sa dissolution et un transfert de ses biens, droits et obligations au Conseil renommé, l'intention du Gouvernement est de fusionner les deux autorités en vue d'une rénovation de grande ampleur de la régulation et des régulateurs. Toutefois le projet comporte, en l'état, le risque de conduire à l'absorption de l'Hadopi par le CSA au détriment de la recherche de synergies entre les deux régulateurs *qui marquait les travaux parlementaires (Bergé) et gouvernementaux (Ollier) ayant présidé à ce projet de rapprochement.*

L'Hadopi estime ainsi essentiel que, tant le projet de loi que le futur cadre réglementaire de son application et que les modalités de gouvernance, comme d'organisation de l'autorité fusionnée, reflètent cette volonté de modernisation.

Elle appelle l'attention du Gouvernement sur l'importance qui s'attache à ce que les missions relatives à la protection de la création sur internet figurent parmi les priorités de cette nouvelle autorité et à ce que la mise en commun des services de l'Hadopi et du CSA ne se traduise pas par la dilution de certaines de ces missions et des compétences associées à leur mise en œuvre.

L'Hadopi est en effet tout particulièrement attachée à la valorisation, que devra apporter la nouvelle instance fusionnée, de sa capacité d'expertise des technologies et usages numériques et de sa connaissance approfondie des acteurs de l'écosystème d'internet.

Il apparaît essentiel à l'Hadopi que la compétence et le savoir-faire de ses agents soient pleinement reconnus au sein de cette nouvelle autorité et que la possibilité de maintien et d'accession à des postes de responsabilité leur soit équitablement ouverte, en particulier s'agissant de la mise en œuvre des missions relatives au secteur numérique. Leur expérience acquise au service d'une institution dédiée aux pratiques numériques doit, en vue de garantir le succès de la fusion, être mise à profit, dans l'intérêt général, au service des missions nouvelles du régulateur fusionné.

Enfin, l'Arcom, nouvelle autorité publique issue de la fusion doit rester, à l'image de l'Hadopi, un interlocuteur privilégié et crédible pour tous les ayants droit des œuvres culturelles diffusées sur internet, que ces œuvres relèvent de l'audiovisuel, de la musique, du livre, de la photographie, de l'image ou du jeu vidéo. A cet égard, les agents de l'Hadopi, qui ont su susciter la confiance de ces ayants droit et conformément aux vœux émis par les organisations représentatives de ces derniers, devraient pouvoir rester à leur contact à l'occasion de leur intégration au sein de l'Arcom.

De même, la future composition du collège de l'Arcom lui paraît comporter, avec notamment l'absence de membres de la Cour des comptes et du CSPLA ainsi que de représentants du monde de la culture,

des communications électroniques et des consommateurs, le risque d'une perte de l'expertise et de la diversité des expériences et des compétences actuellement présentes dans chacune des deux Autorités.

2) Observations particulières sur les articles du projet de loi intéressant le domaine de compétence de l'Hadopi

2-1) S'agissant de l'évolution des missions relatives à la protection des droits et à la diffusion des œuvres sur internet :

ARTICLE 1^{ER} DU PROJET DE LOI

Le 7° de l'article 1^{er} prévoit que l'article L. 331-12 du code de la propriété intellectuelle définit les missions de l'Arcom en matière de protection du droit d'auteur et des droits voisins.

L'Hadopi constate avec satisfaction que les trois grandes missions relevant de ses compétences actuelles sont maintenues telles qu'issues de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, ce qui traduit la volonté des pouvoirs publics d'assurer la continuité de la politique de protection de la création dans l'univers numérique.

Elle se félicite que la mise en œuvre à venir de ces missions soit favorisée, selon ce qu'elle préconise depuis longtemps, par la création de nouveaux moyens d'action pour lutter contre les services illicites.

En particulier, l'Hadopi salue la consécration de ses actions de sensibilisation, notamment auprès des publics scolaires, et considère comme pertinente l'extension de son périmètre d'intervention actuel pour permettre la prise en compte par l'Arcom du piratage des contenus sportifs en ligne, phénomène préoccupant dont elle a alerté les pouvoirs publics. Elle estime, à cet égard, que, dans le cadre de sa fusion avec le CSA, la mission générale d'observation et d'encouragement au développement de l'offre légale de l'Arcom pourrait être étendue, comme la mission de protection des droits, aux droits d'exploitation audiovisuelle prévus à l'article L. 333-10 du code du sport.

Le 2° de l'article L. 331-12 nouveau du code de la propriété intellectuelle pourrait donc être ainsi rédigé :

« Une mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin ou par des droits d'exploitation audiovisuelle prévus à l'article L. 333-10 du code du sport sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne ».

L'Hadopi se félicite de la possibilité donnée à l'Arcom par le 6° alinéa de l'article L. 331-12 tel qu'introduit par l'article 1^{er} du projet de loi de prendre toute mesure afin de favoriser la signature d'accords volontaires susceptibles de remédier aux atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins ou aux droits d'exploitation audiovisuelle prévus à l'article L. 333-10 du code du sport.

Le 8° de l'article 1^{er} modifie l'article L. 331-13 du code de la propriété intellectuelle pour confier la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée à l'un des membres du collège de l'Arcom.

L'Hadopi relève que l'article L. 331-13 nouveau charge le « *membre mentionné à l'avant-dernier alinéa du I de l'article 4* » de la loi du 30 septembre 1986 d'exercer la mission mentionnée aux articles L. 331-18 à L. 331-23 mais comprend qu'il devrait en réalité s'agir du membre mentionné au dernier alinéa du I de l'article 4 de la loi du 30 septembre 1986², nommé soit par le vice-président du Conseil d'État soit par le premier président de la Cour de cassation, l'un étant le suppléant de l'autre pour l'exercice de cette mission de mise en œuvre de la réponse graduée.

Sous réserve de la correction de cette erreur matérielle, l'Hadopi souscrit à cette disposition puisqu'elle estime nécessaire que la mise en œuvre de cette procédure soit confiée à un membre exerçant des fonctions juridictionnelles en ce qu'il présente à ce titre des compétences et des garanties d'indépendance particulières.

L'Hadopi estime que cette disposition est de nature à assurer le respect des exigences spécifiques d'impartialité que requiert le traitement de la procédure de réponse graduée actuellement mise en œuvre au sein de l'Hadopi par une Commission composée de trois membres titulaires et de trois membres suppléants issus de chacune des trois plus hautes juridictions.

En outre, la désignation au sein de l'Arcom d'un second membre issu d'une de ces deux juridictions et présentant les mêmes garanties apparaît opportune à l'Hadopi car ce membre aura en effet qualité, au sein du collège de l'autorité, pour mettre en œuvre, en cas d'absence ou d'empêchement du premier membre, la procédure de réponse graduée sans que soit affecté son déroulement soumis à des délais spécifiques. L'existence de suppléants dans le cadre de l'actuelle Commission de protection des droits répondait d'ailleurs à cette exigence.

Le 10° de l'article 1^{er} modifie l'article L. 331-14 du code de la propriété intellectuelle pour élargir les pouvoirs des agents assermentés et habilités de l'Hadopi. Ces modifications sont satisfaisantes en ce qu'elles paraissent à la fois nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi. Ces pouvoirs correspondent à ceux déjà consentis aux agents de l'Autorité de régulation des jeux en ligne (Arjel) devenue l'autorité nationale des jeux (ANJ), en matière de lutte contre les sites illicites de jeux en ligne, pouvoirs prévus aux articles 56 et 57 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

L'Hadopi estime que ces pouvoirs devraient aussi être exercés pour l'exécution de la mission de l'Arcom prévue à l'article L. 331-26 nouveau du code de la propriété intellectuelle relative à la lutte contre les services de contournement.

Elle propose donc à cette fin l'adjonction au projet de loi de la formule soulignée suivante.

3° de l'article L. 331-14 nouveau : « *III Pour l'exercice des missions prévues aux articles L. 331-24, L. 331-25 et L. 331-26 du code de la propriété intellectuelle La suite sans changement* ».

Le 11° de l'article 1^{er} modifie l'article L. 331-21-1, qui devient l'article L. 331-15.

La Commission de protection des droits, consultée, a fait les remarques et propositions suivantes que le Collège de l'Hadopi reprend à son compte.

² L'article 5 du projet de loi fait bien figurer au dernier alinéa du I de l'article 4 de la loi de 1986 le membre « *chargé de l'exercice de la mission mentionnée aux articles L. 331-18 à L. 331-23 du code la propriété intellectuelle* ». Il s'agit sans doute d'une erreur matérielle liée à la reprise des dispositions du projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique. ³ Cf. supra, les observations formulées sur le 8° de l'article 1^{er} du projet de loi.

La rédaction de l'article L. 331-15 nouveau, relatif aux pouvoirs de constatation du membre et des agents assermentés chargés de mettre en oeuvre la procédure de réponse graduée, pourrait être modifiée afin de clarifier ces pouvoirs et de supprimer la référence à la peine de suspension de la connexion à internet, supprimée par le décret n°2013-596 du 8 juillet 2013 en matière contraventionnelle.

La rédaction de l'article L. 331-15 nouveau est la suivante : « *Le membre de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique chargé d'exercer la mission de protection des oeuvres et des objets protégés, ainsi que les agents habilités et assermentés devant l'autorité judiciaire mentionnés au I de l'article L.331-14 à l'article L. 331-21, peuvent constater les faits susceptibles de constituer des infractions prévues au présent titre lorsqu'elles sont punies de la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne mentionnée aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1* ».

La nouvelle rédaction proposée vise à coordonner l'article L. 331-15 avec les dispositions prévues au II de l'article L. 331-14 nouveau relatif aux agents assermentés de l'Autorité chargés de mettre en oeuvre la mission de caractérisation des sites illicites, et consiste à remplacer les mots « *prévues au présent titre lorsqu'elles sont punies de la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne mentionnée aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1* » par les mots « *prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3, L. 335-4 et R. 335-5, lorsqu'elles sont commises sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne* ».

La Commission souligne, par ailleurs, l'intérêt qu'il y aurait à introduire la possibilité de recourir à la visioconférence dans le cadre des auditions menées par le membre et les agents assermentés en charge de la procédure de réponse graduée (article L. 331-15 nouveau). Une telle disposition, qui ne peut être prévue que par la loi, permettrait d'auditionner les personnes concernées par une procédure de réponse graduée sans avoir à les convoquer à Paris, l'Autorité étant compétente sur l'ensemble du territoire national (hors Polynésie française). Cette modalité simple et accessible renforcerait ainsi l'exercice du contradictoire dans le cadre de la mise en oeuvre de la procédure pré-pénale de réponse graduée.

Le 13° de l'article 1^{er} répond aux recommandations de l'Hadopi en ce qu'il substitue aux actuelles dispositions, trop contraignantes, prévoyant la labellisation des offres légales, des dispositions plus souples, laissant plus de liberté au régulateur pour définir et développer ses propres outils d'encouragement au développement de l'offre légale.

Afin d'harmoniser la rédaction de ce texte avec notre proposition de compléter le nouvel article L. 331-12, il est suggéré de compléter comme il suit le nouvel article L. 331-17 ;

« Au titre de sa mission d'encouragement au développement de l'offre légale, qu'elle soit ou non commerciale, et d'observation de l'utilisation, qu'elle soit licite ou illicite, des oeuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin ou par des droits d'exploitation audiovisuelle prévus à l'article L. 333-10 du code du sport (...).

Elle identifie et étudie les modalités techniques permettant l'usage illicite des oeuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin ou par des droits d'exploitation audiovisuelle.

Le 15° de l'article 1^{er} modifie l'actuel article L. 331-24 du code de propriété intellectuelle relatif aux modes de saisine de l'instance de régulation dans le cadre de la mise en oeuvre de la procédure de réponse graduée.

La modification introduite vise, d'une part, à permettre la saisine de l'autorité par un huissier mandaté par un ayant droit, ce qui ouvre plus largement la possibilité pour les ayants droit d'assurer la protection de leurs œuvres sur les réseaux pair à pair et, d'autre part, à prolonger le délai de traitement des dossiers en cas de saisine de l'autorité par le procureur de la République.

L'Hadopi ne peut que souscrire à une telle modification.

Le 16° de l'article 1^{er} modifie l'actuel article L. 331-25 du code de propriété intellectuelle relatif aux modalités de mise en œuvre de la procédure de réponse graduée. Les principaux ajustements introduits par les *a* à *d* de ce texte (faire figurer le titre des œuvres faisant l'objet du constat d'infraction dans la recommandation adressée à l'abonné ; permettre l'envoi des premières recommandations par lettre simple ; ne pas imposer la communication, dans la recommandation, des coordonnées téléphoniques de l'Hadopi ; publier, dans le rapport d'activité, les indicateurs synthétiques indiquant le nombre de saisines reçues et le nombre de recommandations) recueillent l'approbation de l'Hadopi.

En revanche, si l'Hadopi a un temps souhaité l'acheminement direct par ses propres agents des messages électroniques contenant les recommandations sans avoir à passer par le truchement des fournisseurs d'accès à internet, il lui semble désormais inutile de modifier le code de la propriété intellectuelle sur ce point.

En effet et contrairement à ce que l'Hadopi a pu réclamer par le passé, il conviendrait de maintenir le texte actuellement en vigueur, rappelé entre guillemets dans le *a*) du 16°, en ce qu'il fait peser sur « la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne ayant conclu un contrat avec l'abonné » l'envoi de la recommandation à l'internaute contrevenant sur son ou ses adresses électroniques et non pas sur l'autorité qui achemine cette mise en garde à l'opérateur à charge pour lui de la répercuter audit internaute.

La modification envisagée par le projet de loi aurait l'inconvénient majeur de générer un coût supplémentaire important supporté par l'Arcom qui devrait se charger elle-même d'acheminer les messages, une telle tâche impliquant pour elle de financer de nouveaux serveurs et des dispositifs de sécurisation.

L'Hadopi rappelle pour mémoire que le souhait inverse qu'elle avait émis était lié à un contentieux qui l'opposait aux fournisseurs d'accès à internet lié à la prise en charge des frais d'identification des internautes contrevenants. Mais, le différend a été résolu depuis, ces dépenses étant supportées par l'institution. Le règlement du conflit a fait disparaître les craintes de l'Hadopi liées à une absence d'acheminement des recommandations par lesdits fournisseurs en raison de l'existence d'une querelle qui n'est plus.

Le 17° de l'article 1^{er} abroge l'article L. 331-26 du code de la propriété intellectuelle relatif aux moyens de sécurisation d'une connexion à internet.

La modification proposée tend à pallier les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de la procédure de labellisation des moyens de sécurisation qui s'est avérée par son excessive rigidité inadaptée à la réalité des usages, ce que l'Hadopi approuve.

Le 22° de l'article 1^{er} introduit des dispositions relatives à la caractérisation des services portant atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins (articles L.331-24 et L.331-25 du code de la propriété intellectuelle).

Les modifications ainsi introduites sont d'une particulière importance pour la mise en œuvre d'une nouvelle politique de lutte contre les services portant atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins.

Elle estime que, conformément à la mission générale de protection des droits qui serait confiée à l'Arcom en application du nouvel article L. 331-12 tel qu'issu du projet de loi, ces dispositions devraient être étendues aux droits d'exploitation audiovisuelle visés à l'article L. 333-10 du code du sport.

Ces dispositions font suite aux propositions de l'Hadopi visant à instaurer un nouveau modèle de coopération entre le juge et l'autorité publique afin de lutter contre les services illicites.

L'objet de cette coopération doit, selon l'Hadopi, aboutir à ce que les services illégaux ne soient plus accessibles, afin de faire cesser les atteintes aux droits.

De façon générale, il serait de bonne administration que l'Arcom soit rendue destinataire par les services de la juridiction judiciaire des décisions de blocage rendues par celle-ci sur le fondement de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle et de l'article L. 333-10 du code du sport.

Le projet de loi indique que l'engagement de la procédure d'instruction préalable à l'inscription d'un service sur la liste est assuré par le membre mentionné à l'avant-dernier alinéa du I de l'article 4 de la loi du 30 septembre 1986, ce qui recueille l'agrément de l'Hadopi pour peu qu'il s'agisse de la même erreur matérielle qu'au 8° de l'article 1^{er} du projet de loi, et que ce soit bien, en réalité, le membre mentionné au dernier alinéa du I de l'article 4 de la loi du 30 septembre 1986, chargé de la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée, comme le prévoyait le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, qui soit chargé d'assurer l'engagement de la procédure d'inscription d'un service sur cette liste³.

Une compétence générale de caractérisation

L'Hadopi estime que l'Arcom devrait disposer, aux termes d'une disposition législative spécifique, d'une compétence générale de caractérisation des services illicites, ce qui lui permettrait de déterminer des standards juridiques et techniques simplifiant l'identification de ces services.

Sur cette base légale, l'Arcom pourrait faire figurer dans une délibération et rendre publics les services ayant fait l'objet de constatations par des agents assermentés d'atteintes graves et répétées au droit d'auteur ou aux droits voisins ou aux droits d'exploitation audiovisuelle prévus à l'article 333-10 du code du sport.

Cette compétence de caractérisation permettrait, d'une part, d'impliquer de façon immédiate les acteurs vertueux signataires d'accords volontaires aux fins d'isolement de ces services, et, d'autre part, de renseigner le juge à leur sujet, dès lors qu'il serait saisi par les ayants droit.

Cette mission de caractérisation pourrait ainsi être préalablement définie dans des termes génériques comme suit :

« L'Autorité facilite l'identification des services de communication au public en ligne portant atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins ou aux droits d'exploitation audiovisuelle prévus à l'article L. 333-10 du code du sport. Elle peut formuler des recommandations générales d'ordre méthodologique sur les principales caractéristiques des différents types de services illicites.

L'Autorité peut être saisie pour avis, par toute personne intéressée, de toute question relative à la caractérisation d'un service de communication au public en ligne dans le cadre d'une procédure fondée sur l'article L. 336-2 du présent code ou à l'occasion de la mise en œuvre des accords mentionnés à

³ Cf. supra, les observations formulées sur le 8° de l'article 1^{er} du projet de loi.

l'article L. 331-25 dudit code ou, encore, dans le cadre d'une procédure fondée sur l'article L. 333-10 du code du sport ».

La lutte contre les services de contournement

L'article L. 331-26, inséré dans le code de la propriété intellectuelle par l'article 1^{er} paragraphe 3 section 1 du chapitre 1^{er}, comporte des dispositions pertinentes en ce qu'elles sont destinées à traiter les phénomènes de contournement des décisions judiciaires de blocage.

L'Hadopi considère que la définition adoptée des services de contournement correspond à la réalité et aux spécificités de l'écosystème du piratage et estime que le rôle de tiers de confiance octroyé à l'autorité publique en matière de suivi des mesures de blocage, en cours d'adoption par ailleurs dans d'autres domaines, sera de nature à accélérer et à fluidifier l'actualisation de ces mesures dans un cadre juridiquement sécurisé.

Il serait utile, à l'occasion des textes réglementaires qui seront pris pour l'application de la loi, que le juge puisse enjoindre aux intermédiaires techniques concernés, à chaque fois que cela est possible, de faire apparaître une page d'information à destination des utilisateurs des services de communication au public en ligne auxquels l'accès est empêché, laquelle les dirigerait vers les offres légales.

De tels dispositifs sont déjà mis en œuvre dans certains pays étrangers et existent déjà, prévus par des textes réglementaires⁴, dans d'autres domaines en France, telle que la régulation des offres non autorisées de paris ou de jeux d'argent et de hasard en ligne.

Il convient, par ailleurs, que l'intervention de l'Arcom, tendant à étendre, pour les actualiser, les mesures initialement ordonnées par le juge, soit suivie d'effet et ne retarde pas, le cas échéant, une nouvelle saisine de la justice par les ayants droit en cas d'absence de respect par les intermédiaires d'une demande formée par l'Arcom tendant à empêcher l'accès à des contenus diffusés par des services de contournement.

Il est donc proposé, par une disposition supplémentaire qui serait inscrite dans le projet de loi, que les intermédiaires, lorsqu'ils refuseraient, malgré la démarche tentée auprès d'eux par l'autorité, d'exécuter les injonctions préventives du juge initialement saisi, soutiennent leurs éventuelles contestations devant la juridiction judiciaire.

La possibilité donnée de contester les demandes de l'Autorité, formulées en application de la décision du juge, devrait par ailleurs être enserrée dans des délais légalement fixés. Une amende civile pourrait être prévue en cas de refus manifestement infondé des intermédiaires prestataires techniques de faire droit aux demandes de l'autorité ou de contestations abusives de celles-ci devant le juge ayant pour seul objet de faire obstacle à la mise en œuvre de l'injonction dynamique.

Le 26° de l'article 1^{er} modifie l'article L. 331-34 du code de la propriété intellectuelle en vigueur relatif à la saisine de l'instance de régulation en cas de différend sur l'application de l'exception dite « de handicap ».

⁴ Décret n° 2011-2122 du 30 décembre 2011 relatif aux modalités d'arrêt de l'accès à une activité d'offre de paris ou de jeux d'argent et de hasard en ligne non autorisée, indiquant notamment que « *Les utilisateurs des services de communication au public en ligne auxquels l'accès est empêché sont dirigés vers une page d'information de l'Autorité nationale des jeux indiquant les motifs de la mesure de blocage* ».

L'Hadopi approuve la modification envisagée en ce qu'elle reprend ses préconisations visant à renforcer l'application effective de cette exception mentionnée au 7° de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle. Est ainsi opportunément prévue la possibilité, pour l'Arcom, de prendre attache avec les éditeurs en cas de non-respect de leurs obligations au titre de ladite exception, pour recueillir leurs observations et, le cas échéant, formuler des recommandations ou des mises en demeure à leur rencontre.

Elle souligne qu'il conviendrait de faciliter, au niveau des textes règlementaires d'application à venir de cette nouvelle disposition, les conditions de saisine de l'Arcom par les organismes agréés.

ARTICLE 3 DU PROJET DE LOI

Cet article crée un dispositif dédié à la lutte contre les retransmissions illicites de manifestations et compétitions sportives.

L'Hadopi approuve l'instauration d'un dispositif adapté aux spécificités des enjeux de la lutte contre le piratage des contenus sportifs autorisant, grâce au recours à l'autorité, la mise en œuvre de mesures de blocage actualisées en temps utile tout au long des différentes saisons ou compétitions sportives. Le Conseil d'État, comme l'Hadopi, appelait également de ses vœux un tel dispositif dans son étude annuelle 2019 intitulée « Le sport : quelle politique publique ? ». Il a estimé qu'il « *il convient de donner à l'autorité de régulation de nouvelles prérogatives lui permettant d'identifier les sites ou services dédiés au piratage, d'agir auprès des intermédiaires techniques afin de priver les sites pirates de possibilités de diffusion et de favoriser des accords entre les acteurs du sport et les fournisseurs d'accès à internet.* ».

Ce dispositif institue des mesures simples et rapides à mettre en œuvre pour tenir compte de l'extrême brièveté du délai dans lequel une retransmission perd toute valeur et du grand nombre de services pouvant simultanément porter atteinte aux droits des organisateurs de manifestations sportives outre de la célérité et de l'agilité avec laquelle ces services contournent les démarches déployées par les ayants droit pour faire cesser les atteintes dont ils sont victimes.

Il apparaît à l'Hadopi que le dispositif retenu par le projet de loi évite heureusement qu'un grand nombre de procès distincts ne soient élevés devant les tribunaux par le jeu de l'injonction judiciaire préventive et dynamique relayée par l'intervention postérieure de l'Arcom destinée à donner à la décision juridictionnelle toute sa portée en l'appliquant aux sites de contournement puisque d'après l'article 3 du projet de loi, le juge peut interdire l'accès à un service illicite qu'il ait été ou non identifié au moment où il statue.

L'Hadopi préconise, dans un souci d'unité de la jurisprudence, la centralisation de ce contentieux par attribution d'une compétence exclusive au tribunal judiciaire de Paris pour en connaître.

Comme pour les sites portant atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins, il serait également utile de permettre que le juge puisse enjoindre aux intermédiaires techniques concernés, à chaque fois que cela est possible, de faire apparaître une page d'information à destination des utilisateurs des services de communication au public en ligne auxquels l'accès est empêché, laquelle les dirigerait vers les offres légales.

Ainsi que l'Hadopi l'a signalé *supra* pour l'actualisation des mesures judiciaires prononcées à l'encontre des sites portant atteinte à un droit d'auteur et aux droits voisins, il apparaîtrait utile de prévoir par une disposition législative expresse des mesures identiques à celles suggérées plus haut à propos de

l'article L. 331-26 du code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction telle qu'elle ressort du projet de loi.

2-2 S'agissant du cadre institutionnel d'exercice des missions relatives à la protection des droits et à la diffusion des œuvres sur internet :

ARTICLE 4 DU PROJET DE LOI

Cet article, qui complète à l'article 3-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 les attributions de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique pour y inclure la protection du droit d'auteur et des droits voisins, constitue le transfert logique à la nouvelle instance de régulation résultant de la fusion du CSA et de l'Hadopi des missions actuellement exercées par l'Hadopi.

L'Hadopi regrette, quant à l'ordre d'énumération des compétences conférées à l'Arcom que cette mission tendant à veiller au respect de la propriété littéraire et artistique ne figure qu'après l'énoncé de nombreuses autres missions et n'apparaisse ainsi pas comme une priorité majeure de la nouvelle instance de régulation.

Elle estime ainsi que, plutôt qu'insérer un nouvel article 3-2 dans la loi de 1986, il conviendrait d'insérer à l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986, après le deuxième alinéa, une phrase rédigée comme suit :

*« Elle veille également au respect de la propriété littéraire et artistique dans le secteur de la communication audiovisuelle et numérique, notamment **en assurant les missions prévues à l'article L. 331-12 du code de la propriété intellectuelle** ».*

L'Hadopi considère, en outre, que l'article 1^{er} de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 devrait mentionner explicitement le respect de la propriété intellectuelle. Le 2^e alinéa de cet article 1^{er} pourrait être ainsi rédigé :

*« L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété, **notamment intellectuelle**, d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la protection de l'enfance et de l'adolescence, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle ».*

ARTICLE 5 DU PROJET DE LOI

L'Hadopi estime nécessaires les dispositions, introduites par l'article 5 du projet de loi modifiant l'article 4 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, prévoyant la nomination d'un membre en activité du Conseil d'Etat et d'un membre en activité de la Cour de cassation, l'un chargé de la mise en œuvre de la réponse graduée et l'autre étant son suppléant pour l'exercice de cette mission, ce que le texte proposé pourrait préciser expressément en son article 5 comportant une nouvelle rédaction du dernier alinéa du I de l'article 4 de la loi du 30 septembre 1986 (deuxième phrase du dernier alinéa).

Elles garantissent, compte tenu du statut des membres de ces corps, qui assurent des missions juridictionnelles, le respect des exigences spécifiques d'impartialité dans le traitement de la procédure de réponse graduée.

L'Hadopi relève toutefois que le Collège de l'Hadopi comprend un membre du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, deux membres nommés par les présidents des deux assemblées parlementaires, un membre nommé par le président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique ainsi que trois membres représentant les domaines de la culture, du numérique et de la défense des consommateurs.

Elle a pu observer à de nombreuses reprises que cette composition a permis d'enrichir les réflexions et les propositions de l'institution ainsi que de créer des relations fructueuses avec les organisations formant l'écosystème de la propriété intellectuelle en France et en Europe.

Elle regrette ainsi la perte de substance que représente la dissolution du Collège de l'Hadopi.

De fait, L'Hadopi propose d'ajouter, au sein du Collège de la future Arcom, à tout le moins, un membre issu de la Cour des comptes et un membre issu du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, institutions qui étaient représentées au sein du Collège de l'Hadopi par un membre titulaire et un membre suppléant.

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 18 mars 2021

Pour le Collège de la Haute Autorité
La Présidente
Monique Zerbib