

**Avis de la Haute Autorité pour la protection des droits et la diffusion des œuvres sur
Internet n° 2021/03 du 7 juillet 2021**

**Sur le projet de décret relatif à l'évaluation de la quantité importante d'œuvres et objets
protégés mentionnée à l'article L. 137-1 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 la directive (UE) 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 (ci-après la « Directive ») ;

Vu l'ordonnance n°2021 -580 du 12 mai 2021 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 ;

Vu le courrier du secrétaire général du ministère de la culture, en date du 5 juillet 2021, sollicitant l'avis de la Haute Autorité sur le projet de décret relatif à l'évaluation de la quantité importante d'œuvres et objets protégés mentionnée à l'article L. 137-1 du code de la propriété intellectuelle ;

Après en avoir délibéré,

Emet l'avis suivant :

1. Sur l'évaluation de la quantité importante d'œuvres mentionnée à l'article L. 137-1 du code de la propriété intellectuelle et définie par l'article 1 du projet de décret

La Haute Autorité prend acte du choix de renvoyer à un décret la définition des modalités d'appréciation de la quantité importante d'œuvres et objets protégés mentionnée à l'article L. 137-1 du code de la propriété intellectuelle alors que ce renvoi ne figurait pas dans le projet d'ordonnance qui avait été soumis à l'avis de l'Hadopi le 3 février 2021.

Dans son avis n°2021/01 du 22 février 2021, le Collège de l'Hadopi avait estimé pertinent que le projet d'ordonnance ne renvoie pas à un acte réglementaire pour son application. Il était 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 adaptée pour qualifier l'activité d'un service en matière de partage de contenus.

La Haute Autorité s'était alors interrogée quant à la conventionalité de telles dispositions qui pourraient être regardées comme posant un critère de qualification supplémentaire par rapport au contenu du 6° de l'article 2 de la Directive et de son considérant 63.

Elle avait alors relevé que le Conseil d'Etat s'était interrogé, lors de son avis sur le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, sur le champ d'application de la notion de fournisseur de service de partage de contenus en ligne à l'appui du considérant 63 de la Directive précisant « *que l'évaluation visant à déterminer si un fournisseur donne accès à une quantité importante de contenus protégés* » et invitant ainsi à procéder à une telle recherche « au cas par cas » en tenant compte de divers éléments, non limitativement énumérés, comme l'audience du service ou le nombre de fichiers téléversés.

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

Dans le prolongement de son premier avis, l'Hadopi souhaite réitérer son attachement à garder une certaine souplesse dans l'évaluation visant à déterminer si un fournisseur donne accès à une quantité importante de contenus protégés compte tenu du risque qu'une approche strictement quantitative soit rapidement obsolète et peu compatible avec la notion d'appréciation « au cas par cas ».

Ainsi, l'Hadopi ne peut qu'approuver le choix que cette évaluation soit, selon le décret, effectuée selon un faisceau d'indices indicatifs et non limitatifs, conformément à la logique suivie par la Directive.

2. Sur les seuils visés par le projet d'arrêté

Dans le cadre de sa mission générale d'observation des usages, la Haute Autorité a conduit des travaux de réflexion sur l'évaluation de la quantité importante d'œuvres et objets protégés. Elle a notamment procédé à une estimation du nombre de contenus protégés, accessibles sur les plateformes de partage de contenus, sur les services légaux et sur les sites illicites en lien avec leur audience, à partir des données disponibles, par grande famille de biens culturels (contenus musicaux, contenus audiovisuels dont films et séries, photos / images et livre numérique, auxquels on peut ajouter, dans une certaine mesure, les « documents » au sens large).

Cette estimation a été complétée par une analyse comparée de l'audience de ces plateformes de partage de contenus, des services relevant de l'offre légale et des sites illites réalisée à partir des données d'audience Médiamétrie / Netratings du mois d'octobre 2020.

Au vu des éléments d'informations communiqués par les différents ayants droit auditionnés, il apparaît que les seuils mentionnés dans l'arrêté sont pertinents, comme développé ci-après.

(i) Sur l'article 1^{er} de l'arrêté relatif au critère du seuil d'audience

Selon l'article 1^{er} de l'arrêté : « *L'audience mentionnée au a) de l'article R. 136-2 du Code de la propriété intellectuelle est fixée à 400 000 visiteurs uniques par mois, par service de communication au public en ligne, calculé sur la base de la dernière année civile.* »

La Haute Autorité approuve le choix de fixer un seuil d'audience à 400 000 visiteurs uniques par mois compte tenu des audiences qu'elle a pu relever concernant les principaux sites de partage de contenus au cours des différentes études menées dans le cadre de sa mission d'observation des usages.

Ce seuil est par ailleurs cohérent par rapport au seuil de 200 000 visiteurs uniques par mois en dessous duquel les spécialistes de la mesure d'audience des sites de contenus éditorialisés ne publient pas de données récurrentes. A cet égard, il a été observé que le législateur européen, en considérant que le nombre de 5 millions de visiteurs uniques à l'échelle européenne pouvait, une fois croisé avec le chiffre d'affaires, justifier un régime de responsabilité atténué pour la plateforme dans le cadre de l'article 17, a retenu par ce même fait que ce seuil était suffisamment significatif pour faire entrer un service dans le champ de l'article 17.

(ii) Sur l'article 2 de l'arrêté relatif au critère des seuils retenus pour le nombre de fichiers

S'agissant des seuils retenus pour le nombre de fichiers, la Haute Autorité a réalisé une veille documentaire à partir de sources variées : l'analyse des sites affichant le nombre de contenus proposés ; l'estimation croisant l'audience mensuelle et le taux d'internautes partageant des contenus, l'analyse du nombre de contenus disponibles sur les sites illicites ou encore l'estimation pour chaque catégorie à partir du nombre de contenus par page x nombre de pages par site.

La Haute Autorité relève que les seuils fixés par l'article 2 du projet d'arrêté qui lui est soumis sont cohérents au regard des analyses qu'elle a pu effectuer en ce qu'ils tiennent compte, notamment, du catalogue d'œuvres présentes sur les principales plateformes de partage de contenus (ordres de grandeur par type d'œuvres) et du préjudice occasionné par la présence de certains contenus dont la disponibilité n'est pas autorisée.

Ces seuils semblent refléter et prendre parfaitement en compte les phénomènes de concentration des usages dès lors qu'il est récurrent que ces derniers se limitent à une faible quantité d'œuvres.

Par ailleurs, ces seuils semblent compatibles avec le comptage du nombre d'œuvres et du nombre de fichiers de contenus faisant entrer un service de partage de contenus dans le champ d'application de l'article L. 137-1 du code de la propriété intellectuelle dès lors qu'un tel comptage s'avèrerait en pratique nécessaire. A cet égard, si la Haute Autorité a relevé des craintes soulevées par plusieurs ayants droit quant à la complexité du travail d'évaluation, et ce d'autant plus que certains secteurs ne disposent pas d'organismes de gestion collective, elle relève notamment que les seuils sont prévus par catégorie de contenus et non par ayant droit et que, conformément à la flexibilité précédemment rappelée, l'atteinte de ces seuils n'est pas une condition nécessaire de la qualification d'un service en fournisseur de service de partage de contenus en ligne .

Enfin, elle observe que si le nombre de fichiers de contenus apparait comme un critère pertinent au regard de la Directive pour évaluer la quantité importante d'œuvres, il va de soi qu'un fichier qui compterait plusieurs œuvres devrait pouvoir être pris en compte au titre de ces différentes œuvres.

3. Sur la saisine de la Haute Autorité en application des articles L. 137-4 et L. 219-4 du code de la propriété intellectuelle

Dans son avis n° 2021/01 du 22 février 2021 relatif au projet d'ordonnance transposant les articles 2(6) et 17 à 23 de la Directive, la Haute Autorité s'était interrogée quant à la pertinence de la totale symétrie entre le recours de l'ayant droit et celui de l'utilisateur alors que leurs problématiques sont bien distinctes. Elle avait alors considéré opportun de préciser davantage les hypothèses de recours des ayants droit pour fixer plus exactement l'étendue du droit au recours des utilisateurs et des ayants droit, soulignant que la rédaction des articles L. 137-4 et L. 219-4 ne semblait pas couvrir tous les cas dans lesquels l'ayant droit serait légitime à exercer un recours.

Elle avait par ailleurs souligné la nécessité d'apporter des clarifications sur la détermination des parties aux litiges et considéré que le délai dans lequel l'Hadopi pourrait être saisie aurait pu être fixé afin de réduire le risque de saisines tardives sur des blocages remontant à plusieurs mois.

La Haute Autorité approuve le choix de l'ordonnance de renvoyer à la procédure existante prévue à l'article L. 331-35 du code de la propriété intellectuelle et se félicite du fait que le caractère non suspensif du recours ait été consacré.

Elle estime utile la possibilité de réduire les délais prévus aux articles L. 137-4 et L. 219-4 lorsque l'urgence ou la nature de l'affaire le justifient, ce qui semble tout à fait adapté aux enjeux spécifiques du blocage de contenus. Elle relève par ailleurs avec intérêt la possibilité de nommer des agents de l'Hadopi en qualité de rapporteur.

La Haute Autorité s'interroge toutefois sur la suppression de la mention « *ou d'un objet protégé* » à la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article L. 137-4 IV suivante, qui était présente dans l'article L. 331-38 issu du projet d'ordonnance soumis à son avis n°2021/01 du 22 février 2021: « *En cas d'injonction, elle prescrit les mesures propres à assurer le blocage ou le retrait d'une œuvre ou d'un objet protégé téléversé ou la levée d'un tel blocage ou d'un tel retrait.* »

Par ailleurs, la Haute Autorité estime qu'il serait utile de préciser l'organisation du contradictoire dans la configuration « triangulaire », par un ajout à l'article R. 331-62 du CPI.

En effet, l'article L. 331-35 du CPI, applicable à la procédure de recours extra-judiciaire en application des articles L. 137-4 et L. 219-4 du même code, dispose seulement que la Haute Autorité met « *les intéressés à même de présenter leurs observations* ».

En l'état, les dispositions de l'article R. 331-56, tel qu'elles résulteraient du décret, permettraient certes à la Haute Autorité de disposer du nom du titulaire de droits, de celui de l'utilisateur et celui de la plateforme, si le plaignant en dispose.

Toutefois, dans l'hypothèse où le requérant n'en disposerait pas – notamment dans le cas où la réclamation serait formée par le titulaire de droits, qui ne connaîtrait que le pseudonyme de l'utilisateur –, il est permis de se demander comment la Haute Autorité devrait procéder.

Il serait possible d'envisager que la réclamation du titulaire de droits soit alors notifiée à la plateforme, charge à elle de notifier le recours à l'utilisateur concerné.

La Haute Autorité propose donc de modifier l'article R. 331-60 comme suit (en intégrant un 5° au II de l'article 2 du projet de décret) :

« 5° A l'article R. 331-60, il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque la Haute Autorité est saisie en application des dispositions des articles L. 137-4 et L. 219-4 et que le demandeur ne connaît pas le nom du titulaire de droits ou de l'utilisateur qui sont parties à la procédure, elle est réputée avoir mis cette partie à même de présenter ses observations en notifiant la demande au fournisseur de service de partage de contenus en ligne, qui en avertit l'utilisateur ou le titulaire de droits. »

Sans une disposition de ce type, les décisions de la Haute Autorité prises sur un éventuel recours du titulaire de droits risquent d'être rendues « par défaut », sans que l'utilisateur ait pu être effectivement mis en cause.

S'agissant enfin de l'intégration de ces nouvelles dispositions dans le code de la propriété intellectuelle, 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.

S'agissant de la modification de l'intitulé prévue au II-1° de l'article 2 du projet de décret, il n'apparaît pas pertinent de modifier en ce sens la partie réglementaire du code dès lors que le projet de loi relatif à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique dans sa version issue de la Commission de l'Assemblée nationale n'a pas modifié la partie législative du code y afférente.

Enfin, la Haute Autorité relève qu'au c) du 2° du paragraphe II de l'article 2 du décret, il devrait être indiqué:

« c) Au dixième alinéa, devenu le onzième, les mots : « Le délai de deux mois » sont remplacés par les mots : « Le délai d'un mois mentionné au IV de l'article L. 137-4 et au IV de l'article L. 219-4 et le délai de deux mois mentionné aux articles L. 331-32 et L. 331-35 » et le mot « court » est remplacé par le mot : « courent » ; »

Cette modification vise à ne pas supprimer la référence au délai de 2 mois visés aux articles L. 331-32 et L. 331-35.

Une autre alternative consisterait à modifier le b) du 2° du paragraphe II de l'article 2 du décret comme suit (**en gras souligné**) et à supprimer le c) du 2° du paragraphe II de l'article 2 du décret :

« V. – Lorsque la Haute Autorité est saisie en application des dispositions des articles L. 137-4 et L. 219-4, le demandeur doit en outre rappeler l'objet et le traitement de la plainte préalable formée devant le fournisseur de service de partage de contenus en

ligne et le nom et le nom de domaine de ce service. Selon qu'il est utilisateur ou titulaire de droits, le demandeur précise en outre, s'il le connaît, le nom du titulaire de droits ou de l'utilisateur qui sont parties à la procédure au sens de la présente sous-section.

« Le délai d'un mois mentionné aux articles L. 137-4 et L. 219-4 court à compter de la réception du dossier complet par la Haute Autorité. » ;

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 7 juillet 2021,

Pour le Collège de la Haute Autorité,
La Présidente,

Monique Zerbib