



**Avis de la Haute Autorité pour la protection des droits et la diffusion des œuvres sur internet
n° 2021/04 du 1^{er} décembre 2021**

Sur les projets de décret pris pour application de la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique et visant à permettre le transfert à l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) de l'ensemble des missions de la Haute Autorité pour la protection des droits et la diffusion des œuvres sur internet (Hadopi)

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

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

Vu le courrier de la Directrice du cabinet de la ministre de la culture, en date du 12 novembre 2021, sollicitant l'avis de la Haute Autorité sur le projet de décret relatif aux compétences et à l'organisation de l'Autorité de régulation de communication audiovisuelle et numérique en matière de protection du droit d'auteur et des droits voisins et sur le projet de décret relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet » ;

Vu l'avis de la Commission de protection des droits,

Après en avoir délibéré,

Emet l'avis suivant :

1) Observations d'ordre général

L'Hadopi salue la rapidité d'élaboration de ces projets de décrets qui permettront à l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) de s'engager dès sa création dans la mise en œuvre des moyens d'action prévus par la loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique et ainsi de faire face aux nouveaux défis posés par la complexité croissante de l'écosystème du piratage sur internet, la facilité de contournement des décisions de justice et la multiplicité des acteurs concernés.

S'agissant de la mission d'envoi de recommandations aux abonnés, dite « procédure de réponse graduée », la Haute Autorité s'est intéressée aux choix du Gouvernement de remplacer les mentions actuelles de la Commission de protection des droits, chargée de sa mise en œuvre, soit par « *l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique* », soit par « *le membre désigné en application du IV de l'article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* ».

L'article L. 331-12 du code de la propriété intellectuelle énumère les missions de l'Arcom en matière de protection et de diffusion de la création sur internet sous la forme d'une disposition générale. L'article L. 331-13 du code de la propriété intellectuelle précise, sous la forme d'une disposition spéciale, que la mission de réponse graduée, prévue au paragraphe 1 de la sous-section 3 de la section 3 du chapitre 1er du titre III du livre III du même code, est exercée par le membre désigné en application du IV de l'article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Le paragraphe 1 de la sous-section 3, qui décrit la mission de réponse graduée, comprend les articles L. 331-19 à L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle.

L'Hadopi estime que cet article L. 331-13 du code de la propriété intellectuelle, conforté par le IV de l'article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 qui dispose que « *le membre (...) exerce, pendant la première moitié de son mandat, la mission mentionnée aux articles L. 331-19 à L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle* » indique assez explicitement que la mission de réponse graduée ressortit au membre désigné.

L'Hadopi comprend ainsi que la mission de réponse graduée est une mission de l'Arcom dont le législateur a spécialement confié l'exercice au membre désigné en application du IV de l'article 4 de la loi du 30 septembre 1986.

Ce membre est, par ailleurs, expressément visé à l'article L. 331-15 comme pouvant constater les faits susceptibles de constituer des infractions prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3, L. 335-4 et L. 335-7-1 du code de la propriété intellectuelle lorsqu'ils sont commis sur internet.

Ainsi, la Haute Autorité suggère que les textes réglementaires fassent explicitement référence au membre désigné en application du IV de l'article 4 de la loi du 30 septembre 1986 précitée pour l'ensemble des dispositions relatives à l'exercice de la mission d'envoi de recommandations aux abonnés.

L'Hadopi estime, en outre, particulièrement pertinent que ces textes d'application de la loi confient spécifiquement à ce membre l'accès aux données personnelles liées à la réponse graduée et leur traitement, en ce que ses garanties statutaires particulières favoriseront le respect des exigences de protection des données personnelles liées à cette procédure, actuellement mise en œuvre par une Commission composée de trois membres issus des trois plus hautes juridictions.

2) Observations particulières

Sur le décret relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-23 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet ».

La Haute Autorité approuve ce décret tel que soumis en ce qu'il permet le transfert, à compter du 1^{er} janvier 2022, du traitement automatisé de données à caractère personnel concerné de l'Hadopi à l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique, dans des conditions garantissant tout à la fois l'indépendance du traitement ainsi que le maintien des exigences requises en matière de protection et d'accès aux données personnelles dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée

Elle prend acte du fait que le projet de décret rend applicables les évolutions législatives appelées de ses vœux, en particulier l'allongement à douze mois (contre six auparavant) du délai de saisine de l'autorité par le procureur de la République, ainsi que la possibilité pour tout ayant droit de saisir l'autorité sur la base d'un constat d'huissier.

Elle se félicite de l'ajout du port source associé à l'adresse IP au titre des données pouvant être enregistrées dans le traitement automatisé concerné, tant cette adaptation réglementaire est déterminante pour permettre à l'autorité de mener à bien de façon efficiente la mission de protection des œuvres confiée par le législateur.

La Haute Autorité s'interroge sur le maintien du 3° de l'article 1^{er} du décret du 5 mars 2010 modifié, le membre désigné en application du IV de l'article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 n'étant pas chargé *a priori* d'exercer les mesures de notification des peines prévues aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1 du code de la propriété intellectuelle alors que ce rôle, exercé actuellement par la Commission de protection des droits paraît revenir à l'Autorité.

Elle propose enfin trois ajustements rédactionnels.

Article 4

Au 4° de l'Article 3 du décret n°2010-236 modifié, le mot « *délibération* » devrait être remplacé par le mot « *décision* », la constatation de faits susceptibles de constituer les infractions de contrefaçon ou de négligence caractérisée relevant désormais d'une décision du membre désigné en application du IV de l'article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et non plus d'une délibération de la Commission de protection des droits.

Article 6

Après le mot « prévus » pourraient être ajoutés les mots « aux articles 105 et 106 » pour faire référence au droit d'accès prévu par la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Article 9

L'Hadopi propose d'ajouter, avant le dernier alinéa du 1° de l'annexe du décret n°2010-236 modifié, les mots « *dénomination ou raison sociale, le cas échéant* » pour les ayants droit à la demande desquels les constats seraient établis.

Sur le décret relatif aux compétences et à l'organisation de l'Autorité de régulation de communication audiovisuelle et numérique en matière de protection du droit d'auteur et des droits voisins.

S'agissant de la mission d'envoi de recommandations aux abonnés, dite « procédure de réponse graduée », l'Hadopi considère pertinent le rôle confié au membre de l'Arcom désigné en application du IV de l'article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication à l'égard de la procédure de réponse graduée.

La Haute Autorité suggère, comme indiqué précédemment, que les textes réglementaires fassent explicitement référence à ce membre pour l'ensemble des dispositions relatives à l'exercice de la mission d'envoi de recommandations aux abonnés et propose donc les ajustements rédactionnels suivants à l'article 1^{er} du décret.

Au a) du 10°, au c) du 12°, au a) du 15° et au a) du 16° l'Hadopi propose de remplacer les mentions de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique par celles du membre de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique désigné en application du IV de l'article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

Au c) du 10°, au b) du 15°, au b) du 16° et au b) du 19°, l'Hadopi propose de remplacer les mots « *l'autorité* » par les mots « *le membre* ».

Au a) du 16°, l'Hadopi propose également d'ajouter les mots « *les mots « elle informe » sont remplacés par les mots « il informe »* ».

L'institution estime, en outre, que le choix de rendre le membre désigné en application du IV de l'article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 destinataire des suites données par le Parquet sera de nature à assurer une mise en œuvre fluide de la réponse graduée, qui implique le traitement régulier d'un très grand nombre de dossiers.

Enfin, l'Hadopi considère qu'il serait cohérent que l'Autorité de la communication audiovisuelle et numérique – et non le membre de l'Autorité désigné en application du IV de l'article 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 - soit chargée d'informer le procureur de la République des faits susceptibles de constituer le délit visé au sixième alinéa de l'article L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle, lorsque la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ne mettrait pas en œuvre la peine de suspension qui lui aurait été notifiée.

S'agissant de la mission de caractérisation des atteintes aux droits, l'Hadopi n'a pas d'observations particulières à formuler quant aux précisions apportées par le texte du décret.

L'institution relève que cette compétence de caractérisation a pour objet de permettre l'implication des intermédiaires numériques vertueux dans la lutte contre les services illicites en concourant à leur isolement et de faciliter l'office du juge dès lors qu'il sera saisi par les ayants droit pour ordonner toute mesure susceptible de faire cesser les atteintes aux droits constatées sur ces services.

Il lui apparaît ainsi que la procédure d'inscription d'un service illicite sur la liste visée au I de l'article L. 331-25 nouveau du code de la propriété intellectuelle, si elle nécessite, dans la mesure où elle est susceptible de faire grief aux services identifiés, d'être d'accompagnée de garanties suffisantes au regard du principe du contradictoire et du droit au recours, reste de portée juridique faible.

L'Hadopi estime, en conséquence, que les modalités pratiques de mise en œuvre de cette procédure, engagée par le rapporteur mentionné à l'article 42-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ou l'un de ses adjoints, à son initiative ou à la demande du directeur général de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique, devraient pouvoir être simples et relativement systématiques pour donner son effet utile à la mission de caractérisation confiée par le législateur à l'autorité.

S'agissant de la mission de lutte contre les sites miroirs,

L'Hadopi prend acte du choix du Gouvernement d'encadrer sa mise en œuvre par des dispositions réglementaires sans que la loi n°2021-1382 du 25 octobre 2021 n'ait prévu de renvoi à un décret.

L'institution rappelle l'importance qui s'attache à ce que le régulateur puisse apporter une réponse agile au phénomène de contournement des décisions de justice.

Elle se félicite, à cet égard, que soit prévue la transmission, au titre des éléments devant être communiqués par les ayants droit à l'Autorité, des données d'identification du service de

communication au public en ligne reprenant en totalité ou de manière substantielle le contenu d'un service ayant fait l'objet d'une décision judiciaire passée en force de chose jugée en application de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle.

Enfin, à l'instar des dispositions prévues pour la procédure d'inscription d'un service illicite sur la liste visée au I de l'article L. 331-25 nouveau du code de la propriété intellectuelle et de la procédure de règlement de différends prévus aux articles L. 331-29 et suivants du même code, l'Hadopi estimerait pertinent de prévoir expressément la possibilité, pour l'Arcom, dans les hypothèses où les éléments listés au I de l'article R.331-20 du code de la propriété intellectuelle seraient incomplets de faire une demande de régularisation auprès des titulaires de droits et de prévoir un délai pour que les éléments manquants soient apportés.

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 1^{er} décembre 2021,

Pour le Collège de la Haute Autorité,
La Présidente,

Monique Zerbib