



Chapitre de livre

2003

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La protection juridique des contenus numériques et ses limites :
l'application du droit d'auteur et du droit de la concurrence dans le cadre
de l'édition en ligne

de Werra, Jacques

How to cite

DE WERRA, Jacques. La protection juridique des contenus numériques et ses limites : l'application du droit d'auteur et du droit de la concurrence dans le cadre de l'édition en ligne. In: Quelques facettes du droit de l'Internet : droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Vol. 3/4. Tissot, Nathalie (Ed.). Neuchâtel : Presses Académiques Neuchâtel, 2003. p. 51–94.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:31865>

La protection juridique des contenus numériques et ses limites

L'application du droit d'auteur et du droit de la concurrence dans le cadre de l'édition en ligne

Jacques de Werra,
Centre du droit de l'art à Genève
jacques.dewerra@lenzstaehelin.com

Résumé

L'édition en ligne pose à l'évidence des questions délicates de droit d'auteur. Cependant, au-delà du droit d'auteur et même au-delà du droit, il est important de saisir que la nature particulière d'Internet fait que la protection d'un contenu accessible en ligne ne dépend pas seulement du droit, mais également de la technologie et des business models choisis. Sur le plan juridique, il faut également prendre conscience que la protection juridique d'un contenu numérique peut trouver sa source en dehors du droit d'auteur (notamment dans le droit pénal, le droit de la concurrence déloyale ou le droit des contrats). Concernant le sort du droit d'auteur proprement dit dans l'environnement numérique, une des préoccupations centrales concerne l'avenir (menacé) des diverses exceptions légales au droit d'auteur, au sujet duquel aucun consensus n'a été trouvé à ce jour. Quoi qu'il en soit, et considéré de manière plus générale, Internet semble requérir une approche décroisée des problèmes, de sorte qu'une étude consacrée au droit d'auteur ne doit pas faire oublier que l'édition en ligne met également en jeu d'autres domaines juridiques (notamment le droit de la concurrence - antitrust - compte tenu du risque de monopolisation de l'information) ainsi que d'autres facteurs extra-juridiques (la technologie) qu'il est impératif de prendre en considération.

1 introduction

C'est un truisme de constater qu'Internet est un merveilleux outil technologique qui efface les frontières géographiques. C'est également un lieu commun de noter qu'Internet représente un défi majeur pour le droit. C'est enfin une (malheureuse) évidence qu'Internet constitue un dangereux instrument commercial aux mains des pirates de tous genres¹.

La juxtaposition de ces banalités a cependant pour but de faire saisir que la nature particulière d'Internet semble requérir une approche décroisée des problèmes juridiques posés par ce nouveau médium, même dans le cadre (étroit) d'un article consacré à la protection juridique des contenus numériques et à ses limites, sous l'angle spécifique du droit d'auteur et du droit de la concurrence. En effet, une analyse strictement limitée à ces domaines juridiques risquerait de ne

¹ Du plus grave (pornographie) au moins grave (cybersquatting de noms de domaine).

refléter ni les propriétés technologiques et commerciales de l'environnement des réseaux numériques ni les autres sources juridiques de protection d'un contenu numérique.

Cette contribution commencera dès lors par présenter brièvement certaines spécificités technologiques et commerciales de l'édition en ligne (chap. 2), avant de traiter la question de la protection juridique des contenus numériques et de ses limites (chap. 3 à 5).

Pour illustrer le rôle fondamental de la technologie et des stratégies commerciales dans le cadre de l'édition en ligne, quel meilleur exemple pourrait-on prendre que celui de la société qui a causé ce qui a probablement constitué la plus grande opération de piraterie de l'histoire du droit d'auteur.

2 l'affaire NAPSTER

S'il est bien sûr un nom qui évoque avec le plus de force la problématique du droit d'auteur à l'ère d'Internet, c'est incontestablement celui de NAPSTER. Le lancement de cette plateforme en 1999 a en effet déclenché une révolution de l'industrie de la musique aussi profonde qu'elle a été fortement médiatisée, en globalisant et en démocratisant le phénomène de la piraterie musicale dans des proportions jusqu'alors totalement inimaginables².

Même si NAPSTER n'existe plus³ et même si la technologie qu'elle a développée est dépassée, l'histoire de la *start-up* californienne reste très instructive, dans la mesure où elle permet d'illustrer l'importance de la technologie et des stratégies commerciales (*business models*) dans le cadre de l'édition en ligne⁴. En effet, l'exemple de NAPSTER permet de démontrer que le succès d'une entreprise d'édition en ligne peut, indépendamment des questions juridiques, également se jouer en fonction de ces facteurs. Ainsi peut-on "relire" la saga de NAPSTER à la lumière de ces facteurs :

- La **technologie** est évidemment la clé du succès de NAPSTER. Dès son lancement, NAPSTER connaît un succès populaire immédiat en permettant à des millions d'utilisateurs d'accéder gratuitement à la musique de leur choix (pour autant que celle-ci soit disponible sur un ordinateur simultanément connecté au réseau), en consultant la base de données centralisée des œuvres disponibles que NAPSTER a créé et qu'elle gère⁵. La particularité du système de NAPSTER tient dans l'utilisation d'une technologie de partage de

² 2.8 milliards de fichiers musicaux auraient ainsi été échangés durant le seul mois de février 2001 sur la plateforme NAPSTER, voir A. GLARNER, "Musikpiraterie im Internet", Berne 2002, p. 30.

³ Napster a été vendue à la société Roxio en novembre 2002, voir

<http://www.roxio.com/en/company/news/archive/prelease021127.jhtml>.

⁴ Sur l'interaction entre ces trois facteurs, on peut consulter l'excellente publication du *National Research Council* américain : "The Digital Dilemma : Intellectual Property in the Information Age (2000)", accessible à www.nap.edu/books/0309064996/html.

⁵ La présence d'une base de données centralisée a d'ailleurs été un élément déterminant dans le cadre du procès intenté par les *majors* de la musique contre NAPSTER pour établir la responsabilité indirecte (*contributory et vicarious liability*) de NAPSTER pour les violations des droits commises directement par les utilisateurs du service ; pour une analyse sous l'angle du droit suisse, voir R. H. WEBER/J. BISCHOF, "NAPSTER, Die Musikindustrie und der Musikvertrieb", sic! 2001, p. 152 ss.

fichiers (*Peer-to-Peer*, *P2P*) par laquelle chaque ordinateur connecté au réseau devient un serveur, de sorte que les fichiers (musicaux) situés sur le disque dur⁶ de chaque ordinateur connecté sont accessibles aux autres utilisateurs qui sont simultanément connectés⁷. Selon ce système, NAPSTER se limite à fournir une base de données aux utilisateurs, entre lesquels les fichiers sont ensuite directement échangés, sans que NAPSTER n'intervienne dans le processus de transfert des fichiers musicaux. Suite à l'alliance-surprise conclue par NAPSTER avec BERTELSMANN en octobre 2000⁸ alors que le procès intenté par les *majors* de l'industrie de la musique en violation du droit d'auteur⁹ battait son plein, NAPSTER s'était engagée à développer une plateforme technologique sécurisée d'échange de fichiers visant à garantir la protection des droits d'auteur sur les œuvres musicales échangées, ce qu'elle n'est jamais parvenue à réaliser. NAPSTER a donc tenté – sans succès – d'évoluer d'une technologie de piratage à une technologie de protection des œuvres numériques. L'affaire NAPSTER démontre ainsi que la technologie joue un rôle fondamental, tant pour le piratage que pour la protection du contenu numérique, dans le domaine de l'édition en ligne.

- La **stratégie commerciale**¹⁰ adoptée par NAPSTER explique bien entendu aussi son succès phénoménal auprès des utilisateurs, vu l'entière gratuité du service offert. Cependant, en annonçant le lancement d'un service payant de distribution de musique en ligne¹¹, NAPSTER a fondamentalement changé de stratégie commerciale, dans l'espoir (ou plutôt celui de BERTELSMANN qui avait conclu l'accord avec NAPSTER essentiellement pour cette raison)¹² de convertir l'immense réservoir des utilisateurs gratuits de NAPSTER (près de 50 millions) en une base de clientèle payante. En effet, même si seule une fraction des utilisateurs de NAPSTER s'était convertie en utilisateurs payants (un montant d'abonnement mensuel de 5 USD ayant été formulé), la viabilité économique de NAPSTER aurait pu être assurée. Malheureusement, loins de rester fidèles à NAPSTER, les utilisateurs se sont immédiatement tournés vers d'autres fournisseurs de musique en ligne (illégaux) dès la fermeture de NAPSTER, et ont donc ainsi annihilé tout espoir de NAPSTER et de BERTELSMANN de rendre viable le nouveau modèle commercial adopté.

Ainsi voit-on qu'indépendamment de la technologie et au défi du droit (Internet permettant aux utilisateurs peu scrupuleux de recourir à des sources illégales quasiment intarissables), le succès d'une entreprise active dans le domaine

⁶ A tout le moins les fichiers, qui ne sont pas protégés contre l'accès externe par un *firewall*.

⁷ Voir la définition du *Peer-to-Peer network* : "A communication network that allows all desktop and laptop computers in the network to act as servers and share their files with all other users on the network", à

<http://www.techweb.com/encyclopedia/defineterm.yb?term=peer%2Dto%2Dpeernetwork>.

⁸ Voir J. HU/E. HANSEN, "Record label signs deal with NAPSTER (30 octobre 2000)", <http://news.com.com/2100-1023-247859.html?legacy=cnet>.

⁹ Ou plus précisément en violation d'un droit voisin du droit d'auteur, soit celui des producteurs de phonogrammes sur les enregistrements (*sound recordings*) selon la terminologie de droit civil (voir l'art. 36 LDA), par opposition au *copyright* anglo-saxon dans lequel la notion de droit voisin n'existe pas et dans lequel les *sound recordings* sont considérés comme des œuvres, objets du droit d'auteur.

¹⁰ Pour autant qu'il y en ait une viable.

¹¹ Pour une brève analyse, voir J. DE WERRA, "Droit d'auteur et Internet : une question de business models", *Medialex* 2001, p. 10 ss.

¹² Au nez et à la barbe des autres *majors* demandeurs au procès intenté contre la *start-up*.

de l'édition en ligne repose également sur le choix d'une stratégie commerciale viable.

- Ceci ne saurait toutefois faire oublier que le **droit** a joué un rôle déterminant pour NAPSTER. En effet, sans l'action judiciaire en violation du droit d'auteur intentée par les *majors*¹³, NAPSTER offrirait peut-être encore ses services à l'heure actuelle. A cet égard, au-delà de la violation du droit d'auteur, il faut également souligner que le droit de la concurrence a joué un certain rôle dans le cadre du procès du NAPSTER, dès lors que NAPSTER a tenté d'invoquer le fait que les *majors* de la musique jouiraient d'une position dominante sur le marché des œuvres musicales et qu'elles violeraient le droit de la concurrence (*antitrust*) en tentant de monopoliser le marché de la distribution de musique en ligne, au détriment de leurs concurrents (comme NAPSTER). L'affaire NAPSTER illustre ainsi l'interaction complexe existant entre le droit de la propriété intellectuelle (singulièrement le droit d'auteur) et le droit de la concurrence, qui se pose en matière d'édition en ligne, et qui sera analysée dans cette contribution (chapitre 5). Plus généralement, elle confirme que le droit joue (évidemment) un rôle critique dans le succès d'une entreprise d'édition en ligne.

Il serait cependant erroné d'en conclure qu'à l'image de l'affaire NAPSTER, le droit (d'auteur en particulier) sera susceptible de venir facilement à bout de toutes les formes de piraterie du contenu sur Internet.

En effet, les nouvelles générations de technologies de distribution totalement décentralisées constituent une menace majeure pour les propriétaires de contenus numériques¹⁴. Ces nouveaux systèmes de distribution de type *Peer-to-Peer* (*P2P*) ne reposent en effet plus sur une base de données centrale, comme c'était encore le cas de NAPSTER, mais permettent au contraire la localisation et l'échange de contenus numériques directement entre les utilisateurs sans intervention d'une entité centrale¹⁵. Ainsi, l'échange de fichiers en devient totalement incontrôlable, à partir du moment où les utilisateurs se sont procurés le logiciel nécessaire au fonctionnement du système *P2P*.

Sur cette base, un tribunal hollandais a ainsi jugé qu'une entreprise qui se limitait à fournir un logiciel permettant le *P2P* ne pouvait pas être tenue pour responsable des éventuelles violations de droit d'auteur que commettraient ultérieurement les utilisateurs de ce logiciel¹⁶.

On voit ainsi que le développement de technologies de piratage (toujours plus sophistiquées et incontrôlables) et l'adoption de stratégies commerciales

¹³ Voir, parmi les nombreuses décisions judiciaires, *A & M Record, Inc. v. NAPSTER, Inc.*, 114 F. Supp. 896 (N.D. Cal. 2000) et le résumé de la procédure fait par le tribunal dans la décision *in re* NAPSTER, 2002 U.S. Dist. LEXIS 2963 (N.D. Cal. 21 fév. 2002) ; pour un historique comportant le texte des jugements, voir <http://news.findlaw.com/legalnews/lit/NAPSTER/>.

¹⁴ A. GLARNER, (n. 2), p. 31 ss.

¹⁵ Voir par exemple <http://www.gnutella.com/>, <http://www.kazaa.com/> et <http://www.morpheus.com/>.

¹⁶ Voir E. DUMOUT, "La justice néerlandaise apporte une bouffée d'oxygène à Kazaa (29 mars 2002)", <http://news.zdnet.fr/story/0,1118-s2107571,00.html> ; voir la décision (traduction anglaise inofficielle) à http://www.eff.org/IP/P2P/BUA/v_Kazaa/20020328_kazaa_appeal_judgment.html. Un tribunal américain vient de rendre une décision similaire concernant Grokster et StreamCast, voir l'arrêt du District Court du Central District of California du 25 avril 2003 dans la cause *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. et al. v. Grokster, Ltd. et al.* accessible à : <http://news.findlaw.com/nytimes/docs/mgm/mgmgrokster42503ord.pdf>.

inadaptées aux attentes des internautes sont susceptibles de relativiser l'efficacité et l'importance de la protection juridique d'un contenu sur Internet. Ce constat étant fait, il convient d'aborder désormais les questions proprement juridiques liées à l'édition en ligne.

Dans ce cadre, en dépit de l'importance généralement reconnue au droit d'auteur dans la lutte contre la piraterie numérique, il est nécessaire de prendre conscience qu'il existe également d'autres sources de protection juridique des contenus numériques. Ces autres sources de protection seront ainsi présentées au chapitre 3, la question de la protection des contenus numériques par le droit d'auteur faisant l'objet du chapitre 4. En dernier lieu sera abordé le thème des limites de la protection des contenus numériques sous l'angle spécifique du droit de la concurrence (chapitre 5). Dans ce chapitre sera ainsi traitée la question de savoir dans quelle mesure le droit de la concurrence pourra potentiellement ouvrir une brèche dans le droit de contrôle exclusif des propriétaires de contenus numériques (tel qu'il résulte en particulier du droit d'auteur).

3 les moyens de protection juridique d'un contenu numérique

La protection juridique d'un contenu numérique dans le cadre d'une offre en ligne n'est pas limitée au droit d'auteur (chapitre 4), mais peut également provenir d'autres sources juridiques, en particulier du droit de la concurrence déloyale (3.1.), du droit pénal (3.2.) et du droit des contrats (3.3.).

3.1. le droit de la concurrence déloyale

En droit suisse, la principale source de protection d'un contenu, tout particulièrement d'une base de données, sous l'angle du droit de la concurrence déloyale sera l'art. 5 litt. c LCD¹⁷.

Dans le cadre de l'édition en ligne, au-delà de la question générale (qui a déjà fait l'objet de plusieurs études approfondies¹⁸) de la protection juridique des bases de données contre une reprise comme telle de leur contenu, se pose la question spécifique de déterminer dans quelle mesure le droit de la concurrence déloyale pourrait interdire à des sites agrégateurs de contenu de "puiser" dans des bases de données de différents tiers, afin d'extraire certaines informations et de les compiler

¹⁷ L'art. 5 litt. c LCD dispose : "Agit de façon déloyale celui qui (...) reprend grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat de travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel".

¹⁸ Sur la protection juridique des bases de données, voir R. M. HILTY, "Rechtsfragen der kommerziellen Nutzung von Daten", Daten und Datenbanken. Rechtsfragen zu Schutz und Nutzung, Zurich 1999, p. 81 ss ; R. H. WEBER, "Datenbankrecht - Regelungsbedarf in der Schweiz ?", Daten und Datenbanken. Rechtsfragen zu Schutz und Nutzung, Zurich 1999, p. 59 ss ; A. ETIENNE CALAME, "Der rechtliche Schutz von Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Union", Bamberg 2002 ; PH. KÜBLER, "Rechtsschutz von Datenbanken (EU-USA-Schweiz)", Zurich 1999 ; voir aussi N. TISSOT, "La protection juridique du contenu des autoroutes de l'information", Information Highway, Berne 1996, p. 199 ss, p. 218 ss.

au profit de leurs propres utilisateurs. A titre d'exemple pratique, la société BIDXS.COM¹⁹ offre un moteur de recherche spécialisé dans les ventes aux enchères en ligne. En entrant un mot-clé dans le moteur de recherche de BIDXS.COM (p.ex. "Marylin Monroe memorabilia"), BIDXS.COM offre une liste des objets qui sont mis en vente par différents sites de ventes aux enchères en ligne consultés (en particulier EBAY) correspondant au mot-clé introduit par l'utilisateur.

Dans un tel cas, le site agrégateur, BIDXS.COM ne reproduit pas l'ensemble des données figurant initialement dans la base de données d'EBAY, mais se limite au contraire à n'indiquer que le titre et le prix de l'objet en question, l'utilisateur étant pour le surplus invité à consulter les sites cibles pour obtenir les informations détaillées sur chaque objet mis en vente au moyen d'un lien hypertexte. De manière plus générale, seules certaines données-clés figurant dans la base de données des sites agrégés sont extraites et rendues disponibles sur le site agrégateur. Techniquement, le système des sites agrégateurs fonctionne grâce à l'utilisation de robots de recherche qui parcourent les bases de données des sites cibles, à moins que les bases de données de ces sites ne soient équipées de protection efficace contre des telles recherches effectuées au moyen de robots (*robot exclusion headers*)²⁰.

En guise d'illustration concrète des problèmes juridiques posés²¹, on peut se référer à l'affaire française *Cadremploi c. Keljob*, dans laquelle CADREMPLOI exploite un site Internet de placement professionnel sur lequel elle met à disposition une base de données des offres d'emploi disponibles²², alors que KELJOB est un site "agrégateur" compilant les données disponibles sur plusieurs sites Internet de placement d'emploi (dont celui de CADREMPLOI) au moyen de robots de recherche²³.

CADREMPLOI a ouvert action en justice contre KELJOB notamment pour violation du droit *sui generis* à la protection des bases de données fondé sur la transposition en droit français²⁴ de la Directive européenne sur la protection des bases de données²⁵. Dans cette affaire, la question était de savoir dans quelle mesure l'utilisation faite par KELJOB constituait une extraction ou une réutilisation qualitativement ou quantitativement substantielle de la base de données de CADREMPLOI²⁶. Dans un arrêt du 5 septembre 2001²⁷, le Tribunal de Grande Instance

¹⁹ Voir <http://www.bidxs.com>.

²⁰ Sur la question, voir J. KEPHART et al., "Software Agents and the Information Economy", <http://researchweb.watson.ibm.com/iac/cc2000/Kephart.pdf>.

²¹ Aux Etats-Unis, un conflit similaire a opposé le leader mondial des ventes aux enchères en ligne (EBAY) à un agrégateur (BIDDER'S EDGE) ; faute de protection juridique des bases de données non-originales en droit américain, EBAY ne pouvait faire valoir la violation d'un droit de propriété intellectuelle, mais cette société a quand même gagné en invoquant la théorie du droit de la propriété mobilière du *trespass to chattel*, voir *EBAY, Inc., v. Bidder's Edge, Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000) commenté (et critiqué) par N. ELKIN-KOREN, "Let the Crawlers Crawl : On Virtual Gatekeepers And The Right To Exclude Indexing", 26 U. Dayton L. Rev. 2001, p. 179 ss.

²² Voir <http://www.cadremploi.fr>.

²³ Voir <http://www.keljob.com>.

²⁴ Art. L. 341-1 et suivants du Code de Propriété Intellectuelle.

²⁵ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, JOCE n° L 77 du 27 mars 1996 p. 20 ss ("Directive Base de données").

²⁶ Voir art. 7 al. 1 de la Directive Base de données : "Les États membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif".

de Paris a décidé que l'utilisation de la base de données faite par KELJOB tombait sous le coup du droit *sui generis* de CADREMPLOI sur sa base de données et a ainsi condamné KELJOB à 1'000'000 FF. de dommages et intérêts (dont 600'000 FF pour atteinte au droit *sui generis* sur la base de données)²⁸. Il avait en effet été établi que KELJOB avait repris 12'735 des 12'744 offres d'emploi disponibles dans la base de données de CADREMPLOI (le jour où la saisie-contrefaçon a été opérée par la justice française), de sorte que le caractère substantiel de l'utilisation de la base de données ne faisait guère de doute.

A la lumière de ces exemples et considéré sous l'angle du droit suisse, on peut se demander si la simple référence (par lien hypertexte) aux données d'un tiers constitue une reprise du résultat du travail de tiers "*grâce à des procédés techniques de reproduction*" et "*sans sacrifice correspondant*" au sens de l'art. 5 litt. c LCD. Dans le cas de BIDX S précité, il n'y a tout d'abord pas de reproduction intégrale des données figurant sur le site de vente aux enchères. De plus, il faut noter que l'exploitation d'un système d'agrégation de données requiert également des investissements considérables, de sorte qu'on peut se demander s'il n'y a pas "sacrifice correspondant" qui légitimerait ainsi l'extraction des données faite par l'agrégateur (et donc excluerait l'application de l'art. 5 litt. c LCD)²⁹.

En outre, à propos des sites de ventes aux enchères en ligne, on doit souligner que les diverses données individuelles qui composent la base de données (et qui en font la valeur)³⁰ n'ont pas été créées par les entreprises de ventes aux enchères en ligne, mais sont dues au travail des utilisateurs qui mettent en vente leurs objets sur ces sites Internet. Ainsi, même si la conception et la structure de la base de données des objets offerts sur EBAY a été créée par cette société, les données individuelles composant cette base sont le résultat du travail des utilisateurs individuels de ce site. Sur le plan juridique, cela pourrait avoir pour conséquence que le contenu de la base de données de EBAY ne constitue pas le "*résultat de travail*" de cette société, ce qui exclurait que EBAY puisse se prévaloir de l'art. 5 litt. c LCD contre un agrégateur de contenu qui viendrait puiser dans sa base de données certaines informations sur les objets mis en vente.

Quoi qu'il en soit, on peut cependant noter qu'une protection contre l'exploitation des bases de données accessibles en ligne, telle que celle d'EBAY pourrait également être fondée sur le droit des contrats³¹, pour autant qu'un contrat

²⁷ Accessible à <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/da/tgiparis20010905.htm>.

²⁸ La procédure concernait également des violations du droit des marques, des raisons sociales et de la concurrence déloyale.

²⁹ Selon la jurisprudence, il y n'a pas de violation de l'art. 5 litt. c LCD en cas de reprise des données d'un annuaire téléphonique, lorsque la reprise se fait – au prix d'un important investissement (SFr. 60'000.-) -grâce à un logiciel spécialement conçu à cet effet, et que les données sont vérifiées et complétées et que la consultation est opérée grâce à un nouveau programme, voir sic! 2000, p. 98 *TwixTel*; sur la notion de sacrifice correspondant, voir A. ETIENNE CALAME, (n. 18), p. 259 ss.

³⁰ La valeur d'un site de vente aux enchères (et l'intérêt qu'il suscite pour les utilisateurs) croît avec le nombre de ses utilisateurs et le nombre d'objets ainsi offerts sur le site, selon le principe de l'effet de réseau (*network effect*), voir P. KEDROSKY, "The Network Effect", *The Industry Standard* (23 juillet 1999), accessible à <http://www.thestandard.com/article/display/0,1151,5630,00.html>.

³¹ Voir art. 7 des conditions générales (*User Agreement*) valables dès le 19 avril 2002 de EBAY (<http://pages.ebay.com/help/community/png-user.html>): "*Our web site contains robot exclusion headers and you agree that you will not use any robot, spider, other automatic device, or manual process to monitor or copy our web pages or the content contained herein without our prior expressed written permission. You agree that you will not use any device, software or routine to*

soit valablement conclu. A cet égard, la simple référence à des conditions générales figurant sur la *homepage* d'un site ne devrait pas suffire pour lier le visiteur de ce site, sans un mécanisme explicite d'offre de conclure un contrat mis en place sur ce site³². En outre, dans la mesure où l'utilisation de robots de recherche porterait atteinte au bon fonctionnement de la base de données consultée³³, on pourrait éventuellement considérer l'application du droit civil sous la forme d'une action en cessation du trouble de la possession (art. 928 CC)³⁴ ou même du droit pénal (art. 144^{bis} CP ; "détérioration de données")³⁵.

3.2. le droit pénal

Le droit pénal contient certaines dispositions sanctionnant l'accès non autorisé à un contenu numérique protégé. Ces dispositions sont les art. 143 CP ("*soustraction de données*")³⁶, 143bis CP ("*accès indu à un système informatique*")³⁷ et 150bis CP ("*fabrication et mise sur le marché d'équipements servant à décoder frauduleusement des services cryptés*")³⁸.

Cet arsenal juridique du droit pénal ne dépend pas de la protection *juridique* du contenu par un droit de propriété intellectuelle (ou même par le droit de la concurrence déloyale), mais seulement de la protection *technologique* de ce contenu, le Code pénal exigeant que le contenu en question soit "*spécialement protégé contre tout accès*"³⁹ par l'auteur de l'infraction ou qu'il soit "*crypté*"⁴⁰, ce qui

bypass our robot exclusion headers, or to interfere or attempt to interfere with the proper working of the EBAY site or any activities conducted on our site. You agree that you will not take any action that imposes an unreasonable or disproportionately large load on our infrastructure. Much of the information on our site is updated on a real time basis and is proprietary or is licensed to EBAY by our users or third parties. You agree that you will not copy, reproduce, alter, modify, create derivative works, or publicly display any content (except for Your Information) from our website without the prior expressed written permission of EBAY or the appropriate third party."

³² Sur les problèmes liés à la conclusion du contrat, voir infra 3.3.

³³ Voir *EBAY v. Bidder's Edge*, (n. 21), p. 1066 ("*If BE's [Bidder's Edge] activity is allowed to continue unchecked, it would encourage other auction aggregators to engage in similar recursive searching of the EBAY system such that EBAY would suffer irreparable harm from reduced system performance, system unavailability, or data losses*").

³⁴ Dans l'affaire *EBAY v. Bidder's Edge*, (n. 21), le juge a appliqué la protection de droit civil du *trespass to chattel* en constatant que Bidder's Edge portait atteinte à la propriété mobilière de EBAY sur son serveur.

³⁵ "1. Celui qui, sans droit, aura modifié, effacé, ou mis hors d'usage des données enregistrées ou transmises électroniquement ou selon un mode similaire sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende."

³⁶ "Celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura soustrait, pour lui-même ou pour un tiers, des données enregistrées ou transmises électroniquement ou selon un mode similaire, qui ne lui étaient pas destinées et qui étaient spécialement protégées contre tout accès indu de sa part, sera puni de la réclusion pour 5 ans au plus ou de l'emprisonnement".

³⁷ "Celui qui, sans dessein d'enrichissement, se sera introduit, sans droit, au moyen d'un dispositif de transmission de données, dans un système informatique appartenant à autrui et spécialement protégé contre tout accès de sa part, sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende" ; selon cette disposition, seul l'accès à un "système informatique" est protégé, et non pas l'accès à des données numériques comme telles (p.ex. fichiers musicaux), voir A. GLARNER, (n. 2), p. 174.

³⁸ "Celui qui aura fabriqué, importé, exporté, transporté, mis sur le marché ou installé des appareils dont les composants ou les programmes de traitement des données servent à décoder frauduleusement des programmes de télévision ou des services de télécommunication cryptés ou sont utilisés à cet effet sera, sur plainte, puni des arrêts ou de l'amende."

³⁹ Art. 143 et 143bis CP.

revient à dire que le contenu doit être muni de mesures technologiques de protection contre l'accès non autorisé⁴¹.

En vertu de leur large domaine d'application, ces dispositions pénales ont été jugées d'une certaine utilité pour lutter contre la piraterie⁴². Cependant, elles ne seront d'aucune aide dès le moment où la protection initiale aura été déjouée et où le contenu initialement protégé aura été mis librement à disposition sur le réseau par un pirate. Dans de telles circonstances en effet, l'utilisateur accéderait à un contenu qui n'est plus "*spécialement protégé contre tout accès*". Partant, les conditions objectives de l'infraction ne seraient plus réunies. De plus, ces dispositions, particulièrement les art. 143 et 143bis CP, ne pourront pas s'appliquer en cas de neutralisation de mesures techniques de protection protégeant contre la copie du contenu, et non pas contre l'accès indu à ce contenu. En effet, ces dispositions ne protègent que contre l'accès non autorisé, et non pas contre la copie non autorisée⁴³.

Ainsi, les moyens tirés du droit pénal n'offrent pas une protection complète aux distributeurs de contenu dans le cadre de l'édition en ligne.

3.3. le droit des contrats

Le droit des contrats constitue un autre moyen juridique de protection d'un contenu sur Internet⁴⁴. A partir du moment où l'accès à ce contenu est protégé par des mesures techniques de protection⁴⁵, toute personne qui souhaiterait y accéder (sauf les pirates qui parviendraient à contourner la protection technique) entrera en relation contractuelle avec le fournisseur du contenu en question, le contrat étant conclu par l'acceptation des conditions générales offertes en ligne à l'utilisateur, les mesures technologiques de protection menant ainsi les utilisateurs à une certaine obligation de contracter⁴⁶. L'application de mesures technologiques de protection de l'accès couplée aux conditions contractuelles imposées aux utilisateurs a ainsi pour effet de faire passer l'éventuelle protection du contenu conférée par la propriété intellectuelle au second plan⁴⁷. Les contrats offrent donc un moyen alternatif de contrôle de l'utilisation du contenu dans le cadre de l'édition en ligne, pour autant que le contrat soit valablement conclu. La validité formelle de tels contrats électroniques pose d'ailleurs des questions juridiques délicates⁴⁸, notamment en ce qui concerne l'application du droit de la consommation⁴⁹ et la validité des conditions générales⁵⁰, qui, vu leur ampleur, ne pourront pas être abordées dans le cadre du présent article.

⁴⁰ Art. 150bis CP.

⁴¹ Voir infra 4.4.3.

⁴² Voir I. CHERPILLOD, "Droit d'auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes de l'information : Le contenu des droits et leurs limitations", *Information Highway*, Berne 1996, p. 279, notant que l'art. 143bis CP offre une protection suffisante contre la simple consultation d'œuvres en ligne.

⁴³ *Contra* : A. GLARNER, (n. 2), p. 170.

⁴⁴ N. TISSOT, (n. 18), p. 228 ss.

⁴⁵ Voir supra 3.1.

⁴⁶ R. M. HILTY, "Lizenzvertragsrecht", Berne 2001, p. 44 ss. ("*Die Nutzung basiert damit auf einem faktisch erzwungenen Lizenzvertragssystem...*").

⁴⁷ Voir R. H. WEBER, "Does Intellectual Property Become Unimportant in Cyberspace ?", *9 International Journal of Law and Information Technology* 2001, p. 171 ss.

⁴⁸ M. BÜCHNER, "Internetspezifische Vertragsformen im europäischen Kontext", *Electronic Business in Europa, internationale, europäisches und deutsches On-line-Recht*, Munich 2002, p. 335 ss ; voir aussi B. M. NESTLÉ, "Der Abschluss von Shrink-wrap und Online-Software-Lizenzverträge", *sic!* 1999, p. 219 ss.

⁴⁹ Voir B. STAUDER, "Der Schutz der Konsumenten im E-Commerce", *Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce*, Zurich 2001, p. 139 ss ; J. DREXL, "Verbraucherschutz und Electronic Commerce in

4 édition en ligne et droit d'auteur

En complément aux moyens généraux de protection juridique (droit de la concurrence déloyale, droit pénal et droit des contrats)⁵¹ et aux moyens de protection techniques⁵², le droit d'auteur protège également le contenu mis à disposition sur les réseaux numériques (4.2.), s'il est protégeable par le droit d'auteur (4.1.)⁵³.

4.1. protection des sites Internet

Tout d'abord, il est clair que la numérisation d'œuvres préexistantes (musicales, littéraires ou visuelles) et leur mise à disposition sur un site Internet n'affectent pas le caractère protégeable de ces œuvres par le droit d'auteur et ne posent sous cet angle pas de questions juridiques particulières⁵⁴. Par conséquent, seule la question de la protection des contenus spécifiques à Internet sera abordée dans la présente contribution, soit la protection des sites Internet comme tels⁵⁵.

A titre de remarque liminaire concernant la protection d'un site Internet par le droit d'auteur, on doit noter que, si la sélection des différentes œuvres, et/ou leur disposition sur le site Internet⁵⁶ dénotent une certaine créativité, le site sera protégé comme un recueil (au sens de l'art. 4 LDA)⁵⁷. A cet égard, même si le seuil de protection du droit d'auteur est relativement peu élevé (de sorte que toute création qui ne serait que faiblement individuelle sera protégeable), il pourra cependant se produire que l'architecture d'un site Internet ne soit pas protégée, notamment parce que celle-ci résulte de l'application prédéterminée d'un logiciel de création de sites ("sites clé en mains" ou plutôt "souris en mains")⁵⁸.

Europas", *Electronic Business in Europa, internationale, europäische und deutsches On-line-Recht*, Munich 2002, p. 473 ss.

⁵⁰ Voir K. F. SCHWAB, "Die Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in elektronisch abgeschlossenen Verträgen", thèse Zurich 2001.

⁵¹ Voir supra chap. 3.

⁵² Voir infra 4.4.3.

⁵³ La présente contribution se concentrera sur le droit d'auteur suisse, à l'exclusion des droits voisins, étant cependant précisé que les exceptions au droit d'auteur sont applicables par analogie aux droits voisins (art. 38 LDA); en outre, elle se limitera à la présentation des questions de droit matériel, et n'abordera donc pas les questions épineuses de droit international privé, ni celles touchant à la gestion collective des droits d'auteur, qui font l'objet de la contribution de V. SALVADE, dans le présent ouvrage.

⁵⁴ L. BÜHLER, "Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet", Fribourg 1999, p. 121.

⁵⁵ Sur la question, voir L. BÜHLER, (n. 54), p. 123 ss; M. LEISTNER, "E-Commerce und der urheberrechtlicher Schutz von Websites", *Electronic Business in Europa, internationale, europäische und deutsches On-line-Recht*, Munich 2002, p. 437 ss; M. LEISTNER/T. BETTINGER, "Creating Cyberspace, Immaterialgüterrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Schutz des Web-Designers", *Sonderbeilage Computer und Recht* 1999, No. 12, p. 1 ss, accessible à <http://www.bettinger.de/urteile/webdesign.htm>.

⁵⁶ Ce qu'on désigne par le terme d'architecture d'un site.

⁵⁷ L. BÜHLER, (n. 54), p. 129.

⁵⁸ Voir par exemple la solution offerte par Verisign (5 pages) accessible à http://www.netsol.com/en_US/build-it/samples-5page.jhtml; L. BÜHLER, (n. 54), p. 124; M.-A. RENOLD, "Internet et le droit d'auteur", *Semaine Judiciaire* 2002, p. 84 ss, spéc. p. 95.

On peut distinguer deux niveaux de protection d'un site Internet, soit la protection de l'interface graphique perçue par l'utilisateur (*Graphical User Interface, GUI*) et la protection du programme d'ordinateur qui permet cette présentation.

Dans la mesure où l'apparence graphique d'un site Internet est individuelle, elle constituera une œuvre protégeable (combinant des éléments littéraires, visuels, fixes ou animés, et potentiellement auditifs dans une expérience multimédia), ce qui conduira à la protection du site par le droit d'auteur et empêchera une reprise de ces éléments sur un site tiers.

Au-delà de l'interface utilisateur, se pose la question de la protection de l'infrastructure technique d'un site Internet en tant que programme d'ordinateur (art. 2 al. 3 LDA). La programmation des éléments statiques simples d'un site Internet s'opère en code source *html* (*Hypertext Markup Language*), le langage *html* fournissant des indications de formatage graphique au créateur du site Internet⁵⁹, étant précisé que les logiciels standards de création de sites génèrent de façon automatique les lignes de code source *html* destinées à la création des pages du site Internet⁶⁰. Par conséquent, faute de créativité, la programmation en code source *html* d'un site Internet ne peut être protégée par le droit d'auteur⁶¹. Par contraste, lorsqu'un site Internet comporte des procédés plus complexes (éléments interactifs, multimédia ou fonctions de bases de données), la programmation d'un tel site requiert un langage plus évolué que le *html* (tel que *javascripts*, *java-applets*, *Active-X*, *xml*)⁶². Dans cette mesure, on reconnaît généralement que la programmation dans de tels langages est protégeable par le droit d'auteur⁶³.

4.2. les droits d'auteur mis en jeu dans le cadre de l'édition en ligne

Sur un plan général, il convient de noter que la loi confère un droit exclusif absolu (art. 10 al. 1 LDA) à l'auteur, qui est complété par une énumération non-exhaustive de certains droits patrimoniaux⁶⁴ exclusifs spécifiques (art. 10 al. 2 LDA)⁶⁵. Cela signifie ainsi que, même si une exploitation de l'œuvre faite en relation avec Internet ne devait pas être expressément visée par l'un des droits exclusifs énumérés à l'art. 10 al. 2 LDA, cette exploitation pourrait néanmoins relever du droit exclusif de l'auteur consacré à l'art. 10 al. 1 LDA⁶⁶.

4.2.1. droit de reproduction

Le droit de reproduction est probablement le droit le plus fréquemment invoqué en matière de violation du droit d'auteur sur les réseaux numériques⁶⁷.

⁵⁹ M. LEISTNER, (n. 55), p. 462.

⁶⁰ M. LEISTNER, (n. 55), p. 462.

⁶¹ L. BÜHLER, (n. 54), p. 128 ; M. LEISTNER, (n. 55), p. 462.

⁶² M. LEISTNER, (n. 55), p. 463.

⁶³ L. BÜHLER, (n. 54), p. 125.

⁶⁴ La question des droits moraux (droit à la paternité, droit de divulgation et droit à l'intégrité, art. 9 et 11 LDA) ne sera pas traitée dans cet article ; à ce sujet, voir D. ADLER, "Urheberpersönlichkeits- und Persönlichkeitsrechte auf dem Information Highway", Information Highway, Berne 1996, p. 331 ss.

⁶⁵ Par contraste, les droits voisins au droit d'auteur sont définis de manière exhaustive dans la loi, D. BARRELET/W. W. EGLOFF, "Le nouveau droit d'auteur", 2ème éd., Berne 2000, No. 14 ad art. 33 LDA.

⁶⁶ L. BÜHLER, (n. 54), p. 145.

⁶⁷ M.-A. RENOLD, (n. 58), p. 96.

Comme l'énonce la loi (art. 10 al. 2 litt. a LDA), l'auteur a le droit exclusif de "confectionner des exemplaires de l'œuvre, notamment sous la forme d'imprimés, de phonogrammes, de vidéogrammes ou d'autres supports de données".

Dans sa conception traditionnelle, le droit de reproduction porte sur la confection d'exemplaires physiques de l'œuvre (imprimés, phonogrammes, vidéogrammes ou autres supports de données), ces exemplaires étant supposés avoir un certain caractère durable⁶⁸.

Transposé en matière informatique, il y aura ainsi reproduction de l'œuvre en cas de numérisation de l'œuvre par scannage⁶⁹, en cas d'enregistrement de l'œuvre sur le disque dur d'un ordinateur, en cas de gravage (*burning*) d'un CD (ou d'un *CD-Rom*), en cas de téléchargement d'une œuvre sur un serveur (*uploading*)⁷⁰, de même qu'en cas de télédownloadement d'une œuvre du serveur sur le disque dur d'un ordinateur local (*downloading*)⁷¹, ou bien entendu lorsque l'utilisateur imprime des pages figurant sur un site Internet (même sans avoir sauvé ces pages sur le disque dur de son ordinateur)⁷². Il en va de même en cas de copies d'un site Internet effectuées sur des sites miroirs (*mirror sites*)⁷³, qui reproduisent intégralement le contenu des sites originaux⁷⁴.

Par contraste, l'application du droit de reproduction à certaines copies temporaires réalisées dans le cadre de la transmission ou de l'utilisation d'une œuvre en ligne n'est pas aussi claire.

On peut distinguer deux catégories générales de copies temporaires des œuvres qui sont susceptibles d'être faites en relation avec l'utilisation d'œuvres en ligne : les copies temporaires faites sur l'ordinateur de l'utilisateur (*client caching* ou *local caching*)⁷⁵ et celles qui sont faites sur un serveur. Une copie temporaire est ainsi faite sur la mémoire vive de l'ordinateur de l'utilisateur (*RAM copy*) chaque fois que l'utilisateur consulte (*browsing*) (ou butine sur)⁷⁶ un site Internet. Il en va de même lorsque la consultation de l'œuvre est faite par *streaming*⁷⁷, cette technologie permettant de diffuser un contenu musical ou audiovisuel en temps réel sans qu'une copie permanente du contenu ne puisse être faite sur le disque dur de l'utilisateur⁷⁸. Bien qu'il ne soit pas définitivement établi si de telles copies relèvent ou non du droit exclusif de reproduction⁷⁹, force est de noter que si elles devaient l'être, elles

⁶⁸ L. BÜHLER, (n. 54), p. 156 (qui parle de "*dauerhafte Festlegung*").

⁶⁹ Voir Arrêt de la Cour d'appel de Berne, sic! 2001, p. 613.

⁷⁰ L. BÜHLER, (n. 54), p. 157.

⁷¹ N. TISSOT, "L'édition en ligne", *Medialex* 2001, p. 144 ss, p. 146.

⁷² F. DESSEMONTET, "La propriété intellectuelle", Lausanne 2000, No. 112 p. 75 ; L. BÜHLER, (n. 54), p. 158.

⁷³ Voir Définition des sites miroirs (dictionnaire technique en ligne <http://content.techweb.com/encyclopedia/>) : "An alternate site that contains the same information as the original. Mirror sites are set up for backup and disaster recovery as well to balance the traffic load for numerous download requests".

⁷⁴ L. BÜHLER, (n. 54), p. 158 ; PH. GILLIÉRON, "La responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement", *RDS* 2002 I, p. 387 ss, p. 413 ; J. BARCELO, "On-Line Intermediary Liability Issues : Comparing EU and US Legal Frameworks", *E.I.P.R.* 2000, p. 109 ss, p. 110.

⁷⁵ L. BÜHLER, (n. 54), p. 160.

⁷⁶ Selon la terminologie française, voir A. LUCAS, "Droit d'auteur et numérique", Paris 1998, p. 131 ss.

⁷⁷ A. GLARNER, (n. 2), p. 121.

⁷⁸ L. BÜHLER, (n. 54), p. 200 ; A. GLARNER, (n. 2), p. 120.

⁷⁹ Pro : F. DESSEMONTET, (n. 72), No. 112 p. 75 ; contra : A. LUCAS, (n. 76), No. 262 ss. p. 132 ss.

seraient généralement couvertes par l'exception d'usage privé, pour autant que l'accès à l'œuvre en ligne ait été licite⁸⁰.

Concernant les copies temporaires susceptibles d'être faites sur des serveurs, il en existe plusieurs types : les copies temporaires qui sont faites lors de la transmission proprement dite du contenu sur le réseau (*routing*)⁸¹ et celles qui sont faites afin de faciliter la consultation ultérieure du contenu concerné (*proxy caching*)⁸². A ce propos, il convient de noter que la transmission d'informations numériques sur le réseau s'opère par "paquet" (*packet switching*)⁸³, ce qui signifie que le contenu transmis est décomposé en une série de paquets distincts qui sont transmis individuellement à leur destination finale, potentiellement par des chemins distincts (soit par des serveurs différents) en fonction de l'état de congestion du réseau.

Pour certains, les reproductions temporaires effectuées dans le cadre de la transmission des œuvres (*routing*) tombent sous le coup du droit de reproduction consacré à l'art. 10 al. 2 litt. a LDA en dépit de leur caractère provisoire⁸⁴, alors que, pour d'autres, ces reproductions ne sont pas visées par la loi, dans la mesure où elles n'ont pas d'importance économique propre⁸⁵. On peut d'ailleurs constater que l'application du droit de reproduction ne devrait pas entrer en ligne de compte dans le cadre de la transmission du contenu sur le réseau, car la technologie du *packet switching* décompose le contenu à transmettre en une multitude de parcelles numériques d'informations, celles-ci n'atteignant assurément pas un niveau d'individualité suffisante pour être protégées comme telles par le droit d'auteur⁸⁶. Par conséquent, la copie temporaire de ces parcelles d'information sur les différents serveurs lors du *routing* de ces parcelles jusqu'à leur destination finale (où le contenu est recomposé) ne viole pas le droit d'auteur sur le contenu, faute de reproduction d'une partie protégeable de celui-ci⁸⁷.

On sait que la question des copies temporaires a été très discutée dans le cadre des négociations qui ont mené à la conclusion des Traités Internet de l'OMPI⁸⁸, à tel point que les Etats parties ne sont pas parvenus à s'entendre sur le texte des Traités, de sorte que la question est restée largement ouverte⁸⁹. Par contre, la

⁸⁰ C. GASSER, "Der Eigengebrauch im Urheberrecht", Berne 1997, p. 60 ss ; D. BARRELET/W. EGLOFF, (n. 65), No. 7b ad art. 19.

⁸¹ L. BÜHLER, (n. 54), p. 160.

⁸² L. BÜHLER, (n. 54), p. 160.

⁸³ Pour une définition technique, voir L. BÜHLER, (n. 54), p. 5 ss.

⁸⁴ En se fondant sur l'argument que la loi n'exige pas que les reproductions soient permanentes, F. DESSEMONTET, (n. 72), No 112 p. 75.

⁸⁵ L. BÜHLER, (n. 54), p. 161 ss ; I. CHERPILLOD, (n. 42), p. 264.

⁸⁶ L. BÜHLER, (n. 54), p. 167 ; A. GLARNER, (n. 2), p. 137.

⁸⁷ L. BÜHLER, (n. 54), p. 167.

⁸⁸ Les Traités Internet de l'OMPI désignent le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (World Copyright Treaty, WCT), entré en vigueur le 6 mars 2002 (pas encore ratifié par la Suisse) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes du 20 décembre 1996 (World Performances and Phonograms Treaty, WPPT), entré en vigueur le 20 mai 2002 (pas encore ratifié par la Suisse).

⁸⁹ L. BÜHLER, (n. 54), p. 151 ss ; le texte figurant dans les déclarations communes concernant le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adoptées par la conférence diplomatique le 20 décembre 1996 n'apporte pas de précision à cet égard ("*le droit de reproduction énoncé à l'article 9 de la Convention de Berne et les exceptions dont il peut être assorti s'appliquent pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des œuvres sous forme numérique. Il est entendu que le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la Convention de Berne*").

Directive européenne sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information du 22 mai 2001⁹⁰ traite expressément de cette question. L'art. 2 al. 2 de la Directive Société de l'information prévoit en effet que *"les Etats Membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, [pour les auteurs de leurs œuvres][...]"*, en définissant ainsi largement le droit de reproduction. Cependant, son art. 5 al. 1 dispose que *"les actes de reproduction provisoires visés à l'art. 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre : (a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire (b) une utilisation licite d'une œuvre [...], et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'art 2"*. Par conséquent, ce que donne l'art. 2 al. 1 est partiellement repris par l'art. 5 al. 1 de la Directive Société de l'information. Cette même structure est également adoptée dans l'Avant-Projet de révision de la loi fédérale sur le droit d'auteur (AP LDA) par le jeu des art. 10 al. 2 litt. a⁹¹ et 24a (nouveau)⁹².

Dans ce contexte, il est important de noter que l'éventuelle responsabilité des intermédiaires techniques pour la réalisation de copies temporaires d'un contenu donné dépasse le cadre du droit d'auteur, mais affecte tout contenu illicite. Dans cette mesure, il n'est pas surprenant que certaines réglementations aient proposé une solution horizontale au problème, soit une solution ne se limitant pas seulement à la violation d'un droit de propriété intellectuelle.

C'est précisément ce qui a été accompli dans la Directive européenne sur le commerce électronique⁹³. Cette Directive régit en effet la responsabilité des certains intermédiaires techniques intervenant dans le processus de diffusion du contenu sur Internet. La Directive exclut en principe toute responsabilité pour le simple transport d'informations (*mere conduit*)⁹⁴, et limite largement la responsabilité en cas de *caching*⁹⁵.

⁹⁰ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE n° L 167 du 22 juin 2001, p. 10 ss ("Directive Société de l'information").

⁹¹ L'art. 10 al. 2 litt. a (nouveau) dispose que l'auteur a le droit *"de reproduire l'œuvre, directement ou indirectement, de manière provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie"*.

⁹² Le texte de l'avant-projet (AP LDA), préparé par l'Institut fédéral de la Propriété Intellectuelle (juillet 2000), est accessible à http://www.ige.ch/F/jurinfo/pdf/ap_lda.pdf; l'art. 24a AP LDA intitulé "Enregistrements éphémères" dispose que *"la fixation ou la reproduction provisoire d'une œuvre est autorisée : a. Lorsqu'elle n'a pas de signification économique indépendante et qu'elle découle nécessairement de la mise en œuvre d'un procédé technique qui rend possible une certaine utilisation de l'œuvre"*.

⁹³ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1 ss ("Directive sur le commerce électronique").

⁹⁴ Art. 12 al 1.

"Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire :

a) *ne soit pas à l'origine de la transmission ;*
b) *ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et*

Sur le plan du droit d'auteur, et indépendamment de ces solutions horizontales, la question du *proxy caching*, soit des copies du contenu faites sur le serveur d'un fournisseur⁹⁶ "dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service"⁹⁷ est cependant plus problématique que le *routing* pour deux raisons. Tout d'abord, la durée des copies du contenu effectuées dans le cadre d'une opération de *proxy caching* dépasse largement la durée (quasi nulle) des copies faites dans le cadre de la transmission sur Internet (lors du *routing*)⁹⁸. Aussi la doctrine exige-t-elle que les copies faites dans le cadre du *proxy caching* s'effacent automatiquement après un court laps de temps pour éviter d'être soumises au droit exclusif de l'auteur⁹⁹. Ce critère, qui souligne le rôle de la technologie dans la définition du droit¹⁰⁰, paraît toutefois délicat à mettre en œuvre¹⁰¹. De toute manière, il semble difficile de contester que de telles copies des œuvres ont une "signification économique indépendante" (au sens de l'art. 2 de la Directive Société de l'information) dans la mesure où ces copies remplacent totalement la consultation du contenu original mis à disposition sur Internet (contrairement par exemple aux copies faites lors de la transmission de l'œuvre sur le réseau). Dans cette mesure, il conviendrait de reconnaître que ces copies tombent sous le coup du droit exclusif de reproduction¹⁰².

c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

al. 2

Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission".

⁹⁵ Art. 13 Forme de stockage dite "caching" :

Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que :

- a) le prestataire ne modifie pas l'information ;
- b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information ;
- c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises ;
- d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information et
- e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible".

⁹⁶ PH. GILLIERON, (n. 74), p. 412.

⁹⁷ Art. 13 al. 1 Directive sur le commerce électronique.

⁹⁸ PH. GILLIERON, (n. 74), p. 413.

⁹⁹ L. BÜHLER, (n. 54), p. 167 n. 1033 qui renvoie à R. M. HILTY, "Die Rechtsbeziehungen rund um den Information Highway", Information Highway, Berne 1996, p. 437 ss, p. 466 ss.

¹⁰⁰ Soit la *lex informatica*, voir J. M. REIDENBERG, "Lex Informatica : The Formulation of Information Policy Rules through Technology", 76 Tex. L. Rev. 1998, p. 553 ss.

¹⁰¹ A partir de quelle durée de stockage devra-t-on considérer qu'il y a une reproduction au sens du droit d'auteur ?

¹⁰² Moins catégorique, PH. GILLIERON, (n. 74), p. 413 (notant que "le procédé du *caching* risquerait toutefois de constituer une violation des droits d'auteur du titulaire puisqu'il implique une reproduction temporaire du site sur le serveur du fournisseur") ; *contra* : A. GLARNER, (n. 2), p. 138.

De plus, l'existence de ces copies non autorisées du contenu sur ces serveurs tiers provoque un important risque pour le titulaire du droit d'auteur, non seulement parce que la consultation du site officiel sur lequel figure le contenu est ainsi court-circuitée (d'où une éventuelle perte de rentrées publicitaires des annonceurs)¹⁰³, mais également parce que ces copies non autorisées ne sont potentiellement pas actualisées au même rythme que le contenu figurant sur le site officiel et ne reflètent donc pas fidèlement ce contenu. Dans cette mesure, il y aura reproduction illicite du contenu sur ces sites tiers aussitôt que le contenu ainsi copié ne sera plus disponible sur le site officiel (peu importe la durée de ces copies). On peut en effet considérer que le titulaire du droit d'auteur qui met à disposition un contenu sur Internet autorise, par licence tacite, que ce contenu soit enregistré provisoirement sur la mémoire cache d'un serveur en vue d'être ultérieurement distribué au public¹⁰⁴. Cependant, c'est le titulaire des droits sur le site original qui déterminera les conditions (en particulier temporelles) de cette licence tacite¹⁰⁵. Le retrait du contenu du site officiel du titulaire marquera ainsi la fin de la concession de la licence tacite.

En outre, l'absence de mise à jour du contenu pourrait également avoir d'autres conséquences désagréables pour le propriétaire du site concerné sous l'angle de la responsabilité pour d'éventuelles informations erronées qui figureraient sur les sites tiers¹⁰⁶. A titre d'exemple, on peut prendre le cas d'un site officiel d'un fabricant de logiciels informatiques qui donnerait des informations sur la manière de réparer certains défauts (*bugs*) d'un logiciel récemment commercialisé. Que se passe-t-il si un site tiers reproduit ces informations dans sa mémoire cache, mais ne les met pas à jour et qu'un problème survient chez un utilisateur qui se fonde sur la version ancienne trouvée sur la mémoire cache du site tiers en cause ? Cet exemple confirme que les titulaires de droit d'auteur ont un intérêt évident à pouvoir contrôler les copies de leurs œuvres faites dans le cadre du *proxy caching*, qui sont d'une durée indéterminée et ont une importance économique propre, à moins qu'ils les fassent directement interdire (par le moyen de mesures techniques).

4.2.2. droit de distribution ou de mise en circulation

En vertu de l'art. 10 al. 2 litt. b LDA, l'auteur a le droit exclusif de "*proposer au public, d'aliéner ou, de quelque autre manière, de mettre en circulation des exemplaires de l'œuvre*". Dans le contexte d'Internet, la question est discutée de savoir si la distribution en ligne d'un contenu numérique est visée par cette disposition¹⁰⁷. Pour certains, le droit de distribution ne vise que la mise en circulation d'exemplaires matériels des œuvres (livres, disques, CDs, etc.), alors que pour d'autres la mise en circulation ou la distribution vise également la transmission en ligne des œuvres (dès lors qu'une telle transmission comporte également la création d'une copie de l'œuvre, en dépit du caractère immatériel de la transmission)¹⁰⁸. Selon le texte même de la loi (de "*quelque autre manière, [...] mettre en circulation*

¹⁰³ L. BÜHLER, (n. 54), p. 167 ; cette question, qui surgit également en matière de liens hypertextes, n'est cependant pas déterminante pour juger d'une violation du droit d'auteur.

¹⁰⁴ Voir par exemple les sites de nombreux journaux permettant la consultation gratuite des dernières éditions du journal, alors que les archives sont payantes, voir www.nytimes.com et www.nzz.ch.

¹⁰⁵ R. H. WEBER, "E-commerce und Recht", Zurich 2001, p. 223 ("*der Rechteinhaber kann allein entscheiden, an welcher Stelle und wie lange er sein Werk im Internet anbietet*").

¹⁰⁶ Voir R. BRINER, "Haftung für Informationen auf Websites", sicl 2002, p. 231 ss.

¹⁰⁷ R. H. WEBER, (n. 105), p. 226 ss. ; pro : L. BÜHLER, (n. 54), p. 193 ss ; contra S. BEUTLER, *Multimedia und Urheberrecht*, Berne 1998, p. 75 ss.

¹⁰⁸ D. BARRELET/W. EGLOFF, (n. 65), No. 16 ad art. 10 et auteurs cités ; A. GLARNER, (n. 2), p. 102 ss.

des exemplaires de l'œuvre"), on pourrait considérer que la distribution en ligne de copies d'exemplaires de l'œuvre, qui se concrétise par la faculté donnée aux utilisateurs de télécharger (soit de faire une copie du contenu sur le disque dur de leur ordinateur), tombe sous le coup de l'art. 10 al. 2 litt. b LDA, par exemple lorsque des programmes d'ordinateur sont offerts en ligne (pour être téléchargés)¹⁰⁹, bien que la création des exemplaires de l'œuvre ne se produise en fait que grâce à l'intervention des utilisateurs. Par contre, la simple mise à disposition d'informations en ligne, permettant uniquement la consultation desdites informations en ligne (notamment par la technologie du *streaming*) ne devrait pas tomber sous le coup de cette disposition, faute de mise en circulation d'exemplaires d'une œuvre¹¹⁰. Quoi qu'il en soit, une des conséquences les plus importantes du droit de distribution concerne l'épuisement du droit¹¹¹. Selon l'art. 12 al. 1 LDA, "les exemplaires de l'œuvre qui ont été aliénés par l'auteur ou avec son consentement peuvent l'être à nouveau ou, de quelque autre manière, être mis en circulation". L'épuisement du droit ne concerne que le droit de distribution, à l'exclusion des autres droits d'auteur (en particulier du droit de reproduction)¹¹². S'il devait être applicable dans l'environnement numérique, l'épuisement du droit n'aurait de toute manière qu'une portée pratique très restreinte, dès lors que l'épuisement porterait uniquement sur l'exemplaire mis dans le commerce par l'ayant droit ou avec son autorisation, soit sur l'exemplaire téléchargé. Or, le processus de distribution numérique se caractérise par la création de nouveaux exemplaires numériques de l'œuvre à chaque étape de la transmission (par rapport auxquels l'épuisement ne pourrait de toute manière pas s'appliquer). Ainsi, l'envoi d'un fichier (texte, image, film et/ou son, ou encore programme d'ordinateur protégés par le droit d'auteur et mis en circulation avec l'accord de l'ayant droit) en annexe à un courrier électronique crée une nouvelle copie du fichier chez le destinataire, et ne constitue pas une mise en circulation du fichier original qui reste situé chez l'expéditeur du message. L'épuisement du droit ne concernerait donc que la très hypothétique distribution effective de l'exemplaire "original" de l'œuvre numérique légitimement obtenu par l'utilisateur, soit le transfert de cet exemplaire, à l'exclusion du transfert de toute copie de cet exemplaire¹¹³. A cet égard, la proposition d'appliquer le principe de l'épuisement aux copies numériques faites à partir d'un exemplaire numérique initialement reçu pour autant que cet exemplaire soit effacé (de la mémoire de l'ordinateur) ne convainc pas¹¹⁴, tant sur le plan pratique (par le fait qu'elle ne reflète pas les réalités pratiques) que sur le plan conceptuel (par le fait qu'il ne s'agit alors pas de la distribution de l'exemplaire initial de l'œuvre concerné, mais seulement de copies ultérieures de cet exemplaire, ce qui exclut en soi l'application du principe de l'épuisement). Vu cette situation, il serait souhaitable que la loi spécifie expressément que le principe de

¹⁰⁹ D. BARRELET/W. EGLOFF, (n. 65), No. 16 ad art. 10.

¹¹⁰ L. BÜHLER, (n. 54), p. 195 (notant que seule la fixation durable compte) ; A. GLARNER, (n. 2), p. 118 ; dans cette mesure, on se rapproche de la notion d'exemplaire durable de l'œuvre discutée en matière de droit de reproduction.

¹¹¹ Sur la question de l'épuisement du droit dans l'environnement numérique, voir L. BÜHLER, (n. 54), p. 273 ss ; A. GLARNER, (n. 2), p. 104 ss.

¹¹² D. BARRELET/W. EGLOFF, (n. 65), No. 1 ad art. 12 ; pour un exemple relatif à l'environnement numérique, voir l'arrêt de la Cour d'appel de Berne, sic! 2001, p. 613 (commenté infra 4.3.2).

¹¹³ Il va de soi que l'application du principe de l'épuisement ne s'applique de toute manière pas aux copies illicites des œuvres faites sur Internet, A. GLARNER, (n. 2), p. 105.

¹¹⁴ L. BÜHLER, (n. 54), p. 283 ; A. GLARNER, (n. 2), p. 105.

l'épuisement du droit ne s'applique pas du tout dans le cadre des services en ligne offerts sur Internet¹¹⁵.

4.2.3. droit de représentation

Aux termes de l'art. 10 al. 2 litt. c LDA, l'auteur a en particulier le droit exclusif de faire voir ou entendre l'œuvre "*en un lieu autre que celui où elle est présentée*". On s'accorde à reconnaître que la mise à disposition d'un contenu sur Internet en vue d'une consultation ultérieure par le public constitue une représentation au sens de l'art. 10 al. 2 litt. c LDA¹¹⁶, notamment en ce qui a trait au *streaming*¹¹⁷. D'ailleurs, en raison de la liberté laissée à l'utilisateur de déterminer le moment de l'utilisation offerte dans l'environnement numérique, c'est le droit de représentation et non le droit de diffusion (de l'art. 10 al. 2 litt. d LDA) qui s'applique. Au vu de sa formulation large, le droit de représentation consacré par l'art. 10 al. 2 litt. c LDA englobe déjà le droit de communication au public de l'art. 8 du Traité sur le droit d'auteur de l'OMPI¹¹⁸, sans qu'une adaptation du droit suisse n'ait été nécessaire¹¹⁹.

4.3. les exceptions au droit d'auteur

De même que les titulaires de droit s'inquiètent de l'avenir du droit d'auteur dans l'environnement numérique, les milieux des utilisateurs des œuvres, notamment les milieux scientifiques et culturels, sont soucieux de préserver les exceptions que la loi leur octroie dans ce nouvel environnement. Force est à cet égard de préciser d'emblée que la question de l'avenir des exceptions au droit d'auteur est délicate et qu'elle est controversée¹²⁰.

Sur le plan du droit conventionnel, il convient de rappeler que les exceptions au droit exclusif doivent dans tous les cas respecter les trois conditions cumulatives posées aux art. 9 al. 2 de la Convention de Berne, 13 TRIPS et 10 WCT (*World Copyright Treaty*) /16 WPPT (*World Performances and Phonograms Treaty*), ces conditions étant expressément rappelées à l'art. 18a de l'AP LDA¹²¹.

Une des questions essentielles qui se pose dans l'environnement numérique dans lequel la distribution du contenu se fera essentiellement par voie contractuelle est de déterminer si les titulaires des droits sont tenus ou non de respecter les

¹¹⁵ Le considérant 29 de la Directive Société de l'information (n. 90) dispose ainsi que "*la question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas de services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit (...)*".

¹¹⁶ D. BARRELET/W. EGLOFF, (n. 65), No. 22 ad art. 10 ; Projet de Rapport explicatif sur la révision de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (en allemand), ch. 2.2.2. disponible à http://www.ige.ch/D/jurinfo/pdf/erlaeuterungen_urg.pdf.

¹¹⁷ L. BÜHLER, (n. 54), p. 201.

¹¹⁸ D. BARRELET/W. EGLOFF, (n. 65), No. 22a ad art. 10.

¹¹⁹ L'Avant-Projet propose néanmoins une modification de l'art. 10 al. 2 litt. c LDA pour clarifier que ce droit vise également le droit de faire voir ou entendre l'œuvre en un lieu autre que celui où elle est présentée "*de manière à ce que les personnes qui ne forment pas entre elles un cercle de personnes étroitement liées au sens de l'art. 10, 1er alinéa, lettre a, puissent y avoir accès de l'endroit et au moment qu'elles choisissent individuellement*".

¹²⁰ Voir pour tous Th. C. VINJE, "Copyright Imperilled ?", E.I.P.R. 1999, p. 192 ss.

¹²¹ Art. 18bis AP LDA : "*les restrictions prévues dans le présent chapitre règlent des cas spéciaux ; elles ne doivent pas être interprétées de manière à causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ni à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre*".

exceptions au droit d'auteur, telles qu'elles sont consacrées dans la loi¹²². En d'autres termes, la question est de déterminer si les exceptions au droit d'auteur sont de droit impératif¹²³. Si l'on en croit la jurisprudence du Tribunal fédéral¹²⁴ toutes les dispositions de la LDA sont impératives (ce qui inclut donc les exceptions)¹²⁵.

Force est cependant de constater que la reconnaissance du caractère impératif des exceptions au droit d'auteur se heurte tant aux réalités techniques et commerciales du commerce électronique (dans lequel des moyens techniques sont mis en œuvre pour empêcher toute copie des œuvres) qu'au cadre juridique européen. Concernant les réalités du commerce électronique, il est important de souligner que certains services en ligne, fonctionnant selon un système de paiement par usage (*pay per use*), permettent une utilisation temporaire des œuvres, tels que le *streaming* ou le système des *Application Service Providers*¹²⁶, ce qui pourrait entrer en conflit avec la reconnaissance du caractère impératif de certaines exceptions au droit d'auteur¹²⁷.

Concernant le cadre juridique européen, la Directive Société de l'information prévoit expressément que la liberté contractuelle prévaut sur les exceptions au droit d'auteur dans le cadre des services interactifs offerts en ligne¹²⁸. L'AP LDA précise dans le même sens que la reproduction numérique d'œuvres dans un cercle de personnes étroitement liées (qui est en principe couverte par l'exception pour usage privé¹²⁹) peut être restreinte par la mise en œuvre de mesures techniques de protection (qui interdiraient la reproduction)¹³⁰. L'AP LDA part ainsi du principe, contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral, que les exceptions, soit particulièrement celle d'usage privé, ne sont pas impératives.

Dans une perspective internationale, et si le caractère impératif des exceptions devait être effectivement reconnu (en suivant le Tribunal fédéral), il serait erroné d'en conclure automatiquement que les utilisateurs s'en trouveraient mieux protégés contre les clauses contractuelles excessives des distributeurs de contenu. En effet, il

¹²² M. HYZIK, "Das neue private Urheberrecht für das digitale Umfeld", *sic!* 2001, p. 112 ; R. H. WEBER, "Traditionelles Urheberrecht : Sprengstoff für die Informationsgesellschaft, in *Urheberrecht AM Scheideweg ?*", Bern 2002, p. 69 ss, p. 78.

¹²³ Pour une analyse de droit comparé (droit américain - droit européen), voir J. DE WERRA, "Moving Beyond The Conflict between Freedom of Contract and Copyright Policies : Search of a New Global Policy for On-Line Information Licensing Transactions", 25 *Columbia Journal of Law & the Arts* 2003, p.239 ss ; L. M. C. GUIBAULT, "Copyright Limitations and Contracts : an Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright", La Haye (Kluwer) 2002.

¹²⁴ ATF 127 III 26, 28 ("*La cour cantonale est partie de la prémisse que les règles de la LDA étaient impératives. Cette affirmation doit être confirmée*").

¹²⁵ A titre de comparaison, la législation belge consacre le caractère impératif de toutes les exceptions au droit d'auteur, art. 23bis de la loi du 31 août 1998 transposant dans la législation belge la directive européenne No. 96/9/EC du 11 mars 1996 sur la protection légale des bases de données (entrée en vigueur le 14 novembre 1998) et modifiant la loi belge sur le droit d'auteur, *Moniteur belge/Belgisch Staatsblad*, 14/11/1998, p. 36.913.

¹²⁶ Voir M. BERGER, "ASP : Ein neues Geschäftsmodell als Herausforderung für das Recht ?", *sic!* 2002, p. 667 ss.

¹²⁷ M. BERGER, (n. 126), p. 675.

¹²⁸ Art. 6 § 4 al. 4 ; pour un commentaire, voir G. SPINDLER, "Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft", *GRUR Int.* 2002, p. 105 ss, p. 118 ss.

¹²⁹ Même si, en vertu de l'art. 20 al. 1 et 2 AP LDA, (n. 92), une rémunération est due pour cet usage sous la forme de redevances perçues auprès des fabricants et importateurs des supports de données sur lesquels les reproductions sont faites.

¹³⁰ Selon l'art. 19 al. 4 AP LDA, (n. 92), "*en ce qui concerne la reproduction numérique d'œuvres dans un cercle de personnes étroitement liées au sens du premier alinéa, lettre a, la protection des mesures techniques selon l'article 70a est réservée*".

y a fort à parier que, dans de telles circonstances, les distributeurs de contenu en ligne éviteront de choisir le droit suisse dans leurs conditions générales (pour autant que cela soit admissible selon les règles du droit international privé, tout particulièrement sous l'angle des dispositions relatives à la protection des consommateurs¹³¹).

Au-delà de cette problématique générale, et sans vouloir présenter ici tous les problèmes spécifiques posés par les diverses exceptions consacrées par la loi¹³², seules trois d'entre elles seront abordées : l'exception pour usage privé au sens strict (1), l'exception pour usage privé au sein d'entreprises et d'administration (sous l'angle des revues de presse)(2) et les catalogues de musées (3).

4.3.1. exception pour usage privé au sens strict

L'exception pour usage privé au sens strict vise l'utilisation d'une œuvre à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées (art. 19 al. 1 litt. a LDA)¹³³. Comme on l'a vu, l'exception pour usage privé est menacée dans l'environnement en ligne, de par le fait que des mesures techniques et des moyens contractuels sont susceptibles d'interdire toute reproduction de l'œuvre, même celle qui serait faite à titre privé.

Dans le cadre de la révision de la LDA, l'art. 19 al. 3 AP LDA dispose certes que la reproduction numérique des œuvres est autorisée dans le cadre d'un cercle de personnes étroitement liées¹³⁴. Cependant, l'AP LDA prévoit également que l'exception pour copie privée ne pourra pas s'exercer au détriment de la protection des mesures techniques mises en œuvre pour contrôler l'accès et la copie des œuvres¹³⁵. L'usage privé des œuvres est ainsi limité par une potentielle mesure de protection technologique interdisant d'effectuer des copies, qui se double d'une protection juridique contre la neutralisation de cette mesure de protection technologique¹³⁶.

4.3.2. revues de presse internes aux entreprises

La question de la légalité des revues de presse (*Pressespiegel*), telles qu'elles peuvent être accomplies pour l'information interne ou la documentation au sein des entreprises (art. 19 al. 1 litt. c LDA), présente un intérêt particulier suite à un récent arrêt de la Cour d'appel de Berne¹³⁷, qui a suscité plusieurs commentaires¹³⁸. Dans

¹³¹ Art. 120 LDIP.

¹³² A propos des défis posés par le droit d'auteur en matière d'enseignement à distance, voir J. EFFENBERGER, "Campus virtuel suisse de nouveaux défis pour les droits d'auteur", PJA 2001, p. 1189 ss ; voir J. EFFENBERGER, "Urheberrechte an Internetkursen des Swiss Virtual Campus", PJA 2000, p. 1410 ss.

¹³³ D. BARRELET/W. EGLOFF, (n. 65), No. 8 ad art. 19.

¹³⁴ "ne sont pas autorisés en dehors du cercle de personnes étroitement liées au sens du 1er alinéa, lettre a : (...) e. La reproduction numérique d'œuvres."

¹³⁵ Art. 19 al. 4 AP LDA, (n. 130).

¹³⁶ Rapport explicatif de l'Avant-Projet, (n. 116), No. 2.2.8. p. 10.

¹³⁷ sic! 2001, p. 613 ss.

¹³⁸ Cet arrêt a ainsi été commenté par R. M. HILTY, sic! 2001, p. 623 ss ; W. EGLOFF, *medialex* 3/2001, p. 170 ; R. H. WEBER, "Switzerland : Copyright and Press Clippings", *Computer und Recht International* 2001, p. 125 ss. ; T. CALAME, "Elektronische Pressespiegel und Urheberrecht", *recht* 2002, p. 176 ss ; sur cette question, voir aussi B. GUBLER, "Elektronische Pressespiegel : Grenzen des Eigengebrauchs", *medialex* 2001, p. 97 ss ; J. KAESSNER, "Elektronische Archive und Pressespiegel", PJA 1999, p. 1276 ss ainsi que TH. HOEREN, "Pressespiegelschranken im Urheberrecht - eine Anfrage an die Informationsfreiheit", *Festschrift für JEAN-NICOLAS DRUEY zum*

cette affaire, une entreprise récoltait des articles de presse, les numérisait (par scanner), les enregistrait dans des bases de données internes et transmettait ensuite une sélection de ces articles (selon le domaine concerné) à ses clients par télécopie ou par courrier électronique, sans avoir requis les autorisations nécessaires des titulaires des droits. Parmi les différentes questions de droit d'auteur traitées dans cet arrêt, figurait l'interprétation de plusieurs sections de l'art. 19 LDA à propos desquelles la Cour d'appel de Berne est arrivée aux conclusions suivantes : tout d'abord, l'exception permettant aux entreprises et administrations publiques de reproduire des exemplaires d'œuvres à des fins d'information interne ou de documentation (art. 19 al. 1 litt. c LDA) ne s'étend logiquement pas aux services offerts par une entreprise (comme celle concernée en l'espèce) compilant des articles de presse pour des clients externes¹³⁹. Ensuite, l'entreprise ne pouvait pas invoquer l'art. 19 al. 2 LDA pour justifier ses activités¹⁴⁰. Enfin, l'exception pour usage interne ne vaut pas en cas de reproduction de la totalité ou de l'essentiel des exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché (art. 19 al. 3 lit. a LDA), ce qui, en l'occurrence, a été interprété en considérant que la base de données d'articles de journaux compilée par l'entreprise ne serait pas licite si 90% ou plus du contenu des journaux est copié. Contrairement à ce qui a été retenu dans l'arrêt¹⁴¹, il faut cependant considérer que l'exception de l'art. 19 al. 1 litt. c LDA ne vise pas seulement le droit de reproduction, mais s'étend également aux autres droits exclusifs¹⁴², de sorte qu'une entreprise reste susceptible de bénéficier de l'exception si elle met à disposition les œuvres sur son réseau interne (*intranet*). Cependant, on peut se demander s'il est légitime que des entreprises multinationales puissent invoquer l'art. 19 al. 1 litt. c LDA pour constituer et utiliser des bases de données d'archives internes indexées composées de coupures de presse, vu l'atteinte sérieuse ainsi portée aux droits exclusifs de l'auteur¹⁴³. En tous les cas, l'intégration dans une base de données interne couvre un champ d'utilisations potentielles de l'œuvre beaucoup plus intense que la seule reproduction d'œuvres sous une forme matérielle (photocopies, etc.) au sein d'entreprises que visait principalement la disposition légale¹⁴⁴. D'ailleurs, on peut constater que l'art. 19 al. 1 litt. c LDA ne

65. Geburtstag, Zurich 2002, p. 773 ss. Un nouvel arrêt relatif à cette question a été rendu par le Zivilgericht de Bâle Ville le 19 juin 2002, sic! 2003, p. 217 ss; cet arrêt, qui ne cite d'ailleurs pas l'arrêt précédent de la Cour d'appel de Berne et qui semble ainsi davantage poser des questions qu'apporter des réponses, a été critiqué en doctrine, voir R. M. HILTY, "Elektronische Pressespiegel : iura novit curia ?", sic! 2003, p. 266 ss.

¹³⁹ Voir par comparaison la décision du BGH (I ZR 255/00), ZUM 2002, p. 740 ss (renvoi de la cause à l'Obergericht de Hambourg pour vérifier qu'il s'agit bien d'un Intranet, qui n'est pas accessible depuis l'extérieur) et relative à cet arrêt (n. 146).

¹⁴⁰ Selon l'art. 19 al. 2 LDA, "la personne qui est autorisée à reproduire des exemplaires d'une œuvre pour son usage privé peut aussi en charger un tiers." Dans cette hypothèse, l'entreprise tentait d'argumenter que ses clients, à qui elle envoyait ses revues de presse, pouvaient eux-mêmes bénéficier de l'usage privé, et qu'ils l'avaient chargée de reproduire les œuvres. En l'occurrence, comme justement décidé dans l'arrêt, l'entreprise ne se limite pas seulement à copier les œuvres, mais était à l'origine de la sélection des œuvres copiées ; voir cependant, D. BARRELET/W. EGLOFF, (n. 65), No. 17 ad art. 19, considérant précisément que le client "peut même confier la sélection des œuvres à reproduire à un tiers, par exemple à un service de lecture de journaux".

¹⁴¹ sic! 2001, p. 619.

¹⁴² C. GASSER, (n. 80), p. 98 ; *contra* : R. H. WEBER, (n. 105), p. 234.

¹⁴³ Voir I. CHERPILLOD, (n. 42), p. 276 (doutant que la faculté laissée aux entreprises de constituer des bases de données internes soit compatible avec l'art 9 al. 2 de la Convention de Berne).

¹⁴⁴ TH. HOEREN, (n. 138), p. 775, notant que, grâce à l'art. 19 al. 1 litt. c LDA, la Suisse est devenue un "El Dorado der Pressespiegel-Unternehmen" ; par contraste, on peut relever qu'en droit allemand,



traite pas expressément de la légalité de l'archivage (en particulier de l'archivage électronique dans le cadre de la création d'une base de données) et que la seule disposition de la loi qui concerne l'archivage d'œuvres crée une exception d'une portée extrêmement restreinte¹⁴⁵. Dans cette perspective, l'application sans restriction de l'art. 19 al. 1 litt. c LDA aux archives électroniques des entreprises paraît ouvrir une brèche importante dans les droits exclusifs des auteurs¹⁴⁶.

On notera toutefois que, selon l'AP LDA, la reproduction numérique des œuvres en dehors du cercle de personnes étroitement liées sera soumise au droit exclusif de l'auteur, ce qui exclura donc toute utilisation d'œuvres dans le cadre de bases de données internes sans l'accord des ayants-droit¹⁴⁷.

Au-delà de cette décision et de l'art. 19 LDA, on peut se demander dans quelle mesure certaines revues de presse externes (soit non limitées à l'usage interne d'entreprises), tout particulièrement des revues offertes sur Internet (qui rapportent des informations provenant d'autres sites, auxquels elles renvoient par le jeu de liens hypertextes) ne pourraient pas bénéficier de l'exception de l'art. 28 al. 2 LDA¹⁴⁸. Cet article dispose en effet que "*à des fins d'information sur des questions d'actualité, il est licite de reproduire, de mettre en circulation, de diffuser ou de retransmettre de courts extraits d'articles de presse et de reportages radiophoniques ou télévisés*". Une utilisation d'extraits de ces œuvres - la seule création de liens hypertextes ne tombant de toute manière pas sous le coup du droit d'auteur¹⁴⁹ - pourrait ainsi être couverte par cette exception légale, mais ne couvrirait pas l'archivage de ces données.

4.3.3. catalogues de musées, d'expositions et de ventes aux enchères

L'art. 26 LDA dispose que "*dans les catalogues édités par l'administration d'une collection accessible au public, il est licite de reproduire des œuvres se trouvant dans cette collection. Cette règle s'applique également à l'édition de catalogues d'exposition et de ventes aux enchères*". Même si l'application de cette exception

la liberté de constituer des archives de presse internes à une entreprise est étroitement définie par l'art. 53 UrhG, le BGH ayant exclu que cette exception puisse s'appliquer à une archive de presse électronique par arrêt du 10.12.1998 (cité par TH. HOEREN, (n. 138), p. 779).

¹⁴⁵ L'art. 24 al. 1 LDA dispose qu'il est licite de faire une copie d'une œuvre pour en assurer sa conservation, l'original ou la copie devant être déposé dans des archives non accessibles au public et désigné comme exemplaire d'archive.

¹⁴⁶ En Allemagne, on peut rappeler que, dans un arrêt récent relatif au § 49 de la loi allemande sur le droit d'auteur de 1965 (exception pour *Pressespiegel*), le BGH a décidé que cette disposition couvrirait les revues de presse électronique internes faites au sein d'entreprises, mais que l'exception ne devait pas permettre aux entreprises concernées de constituer une archive interne permettant des recherches complètes (*full text search*) dans le texte des articles concernés (en contournant ainsi les conditions strictes du § 53 para. 2 No. 2 de la loi), BGH, ZUM 2002, p. 740 ss, p. 743.

¹⁴⁷ L'art. 19 al. 3 AP LDA, (n. 92), dispose que "*Ne sont pas autorisés en dehors du cercle de personnes étroitement liées au sens du 1er alinéa, lettre a : (...) e. La reproduction numérique d'œuvres*".

¹⁴⁸ Par contraste, la reproduction pleine et entière d'articles de presse scannés, tel que trouvée sur le site du préposé fédéral à la protection des données apparaît peu conforme au droit d'auteur si elle n'a pas été faite avec l'accord des titulaires des droits, voir Revue de Presse du Préposé fédéral à la Protection des données, Semaines 35-43/2002, accessible à <http://www.edsb.ch/d/aktuell/pressespiegel-september-oktober.pdf>.

¹⁴⁹ Voir 4.4.1.a.

dans le cadre de l'édition d'un catalogue accessible sur Internet a été envisagée¹⁵⁰, on doit toutefois relever que l'exception ne vise que le droit de reproduction, et non pas l'ensemble des droits exclusifs de l'auteur. Par conséquent, la mise à disposition des œuvres sur Internet (qui met en jeu le droit de représentation de l'art. 10 al. 2 litt. c LDA¹⁵¹) ne devrait pas être couverte par cette exception¹⁵².

On pourrait aussi se demander si la condition légale de l'exception tenant à ce que la collection soit "*accessible au public*" pourrait être remplie par un accès virtuel donné aux œuvres, qui seraient mises à disposition sur Internet, bien que cette hypothèse n'ait pas été abordée lors de l'adoption de la loi, ni ultérieurement discutée en doctrine. Dans un tel cas, la mise à disposition sur Internet serait soumise au droit exclusif (mais justifierait la condition d'accessibilité au public), mais pas la reproduction du catalogue (qui serait couverte par l'exception).

4.4. problèmes spécifiques de l'édition en ligne

4.4.1. liens hypertextes

Les liens hypertextes offrent aux utilisateurs le moyen technique de *surfer* (soit de passer d'une page à une autre) par un simple *clic* de souris et de "*lier*" ainsi des contenus distincts situés sur les mêmes sites Internet ou sur des sites différents¹⁵³.

Bien que cette question dépasse le droit d'auteur et concerne également le droit des marques et de la concurrence déloyale¹⁵⁴, on se limitera ici à présenter la problématique sous l'angle du droit d'auteur en distinguant trois catégories de techniques : les liens simples et les liens profonds (a), les liens *in-line* (b) et le cadrage (*framing*) (c)¹⁵⁵.

a) *liens hypertextes simples et liens profonds*

Les liens simples sont les liens pointant vers la page d'accès d'un autre site¹⁵⁶, alors que les liens profonds (*deeplinks*) sont les liens qui renvoient directement à une page intérieure d'un autre site¹⁵⁷. L'insertion de tels liens hypertextes pointant vers un contenu licite ne pose pas de problèmes sous l'angle du droit d'auteur, dans la mesure où la création de tels liens ne représente pas une utilisation de l'œuvre relevant du droit exclusif de l'auteur (art. 10 al. 1 LDA)¹⁵⁸, et ne constitue en

¹⁵⁰ F. DESSMONTET, (n. 72), No. 152 p. 91, notant qu'il serait raisonnable que l'art. 26 LDA s'applique si le catalogue est disponible sur Internet, "*aussi longtemps qu'existe un accès public, physique et simultané aux œuvres cataloguées*", mais que cette hypothèse ne paraît pas couverte par la loi.

¹⁵¹ Voir supra 4.2.3.

¹⁵² A moins de considérer, tout comme pour l'art. 19 al. 1 litt. c, qu'en dépit du texte légal, le droit de diffusion sous forme électronique est également visé par la loi ; cette hypothèse n'est cependant pas évoquée en doctrine.

¹⁵³ L. BÜHLER, (n. 54), p. 224 ; R. H. WEBER, (n. 105), p. 244.

¹⁵⁴ Voir M. BRUNNER, "Die Zulässigkeit von Hyperlinks nach schweizerischem Recht: Eine Bestandesaufnahme nach Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Persönlichkeits- und Firmenrecht", Berné 2001 ; PH. GILLIÉRON, "Les liens hypertextes et le droit privé", *sic!* 2000, p. 755 ss ; R. M. HILTY, "Zur Zulässigkeit des "Link" - Rechtliches Damoklesschwert für die Internettechnologie", *Geschäftsplattform Internet III*, Zurich 2002, p. 123 ss.

¹⁵⁵ Pour des définitions, voir PH. GILLIÉRON, (n. 155), p. 756 ss. ; L. BÜHLER, (n. 54), p. 224 ss.

¹⁵⁶ On parle également de *surface link*, par opposition aux *deep links*, voir L. BÜHLER, (n. 54), p. 225 note 1409.

¹⁵⁷ PH. GILLIÉRON, (n. 155), p. 756.

¹⁵⁸ Voir l'affaire *Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 4553, p. *6 (C. D. Cal., 27 mars 2000), aff'd, 248 F.3d 1173 (9th Cir. Cal. 2001) ("*hyperlinking does not itself involve a*

particulier pas une reproduction de l'œuvre (sauf si le lien hypertexte reproduit tel quel un élément original du site considéré – ce qui reste largement exceptionnel)¹⁵⁹. Toutefois, le fait de créer un lien hypertexte pointant vers un site pirate (soit un site comportant une copie illicite d'une œuvre protégée) pourra être considéré comme un acte illicite, même si le créateur de ce lien ne viole lui-même directement aucun droit de l'auteur, dans la mesure où ce lien facilite la violation du droit d'auteur par un tiers (soit celui qui offre le contenu en question sans autorisation des ayants droit)¹⁶⁰. La responsabilité civile du créateur du lien ne sera toutefois engagée que pour autant qu'une faute lui soit imputable (qui résultera de sa connaissance du caractère illicite des reproductions des œuvres figurant sur le site vers lequel il a créé un lien)¹⁶¹.

b) *liens in-line*

Les liens *in-line* (*in-line linking*, ou *IMG-linking* signifiant *IMaGe linking*) sont les liens qui permettent la visualisation, par un procédé technique qui n'est pas apparent pour l'utilisateur, d'une image sur un site donné, alors que cette image provient effectivement d'un site tiers¹⁶². Ce procédé se caractérise par le fait qu'aucune copie des images n'est réalisée sur le site sur lequel figure le lien *in-line*, mais que ces images sont directement transmises depuis leur site d'origine jusqu'à l'écran de l'utilisateur¹⁶³.

Sur le plan du droit d'auteur, on peut considérer que la création d'un lien *in-line*, même si elle n'affecte manifestement pas le droit de reproduction, peut tomber sous le coup d'un autre droit exclusif de l'auteur énuméré par la loi, soit le droit de représentation¹⁶⁴. Rappelons en effet que l'art. 10 al. 2 litt. c LDA, est défini - en particulier - comme le droit "*de faire voir ou entendre [l'œuvre] en un lieu autre que celui où elle est présentée*". Sur la base de cette formulation large, on pourrait ainsi admettre que le créateur d'un lien *in-line* fait précisément voir/ou entendre l'œuvre en un lieu autre que celui où elle est présentée, soit en la présentant sur son propre site, alors que l'œuvre était initialement présentée sur son site original¹⁶⁵. C'est en tous les cas ce qu'a récemment décidé un tribunal américain¹⁶⁶. En outre, la création de liens *in-line* cache le risque d'une violation du droit à l'intégrité de l'œuvre, dans la mesure où l'intégration de l'œuvre sur le site du créateur du lien conduira à la création d'une œuvre dérivée ou d'un recueil (au sens de l'art. 11 al. 1 litt. b LDA) pour laquelle une autorisation spécifique de l'auteur est nécessaire¹⁶⁷.

violation of the Copyright Act (whatever it may do for other claims) since no copying is involved, the customer is automatically transferred to the particular genuine web page of the original author".

¹⁵⁹ PH. GILLIÉRON, (n. 155), p. 763 ss.

¹⁶⁰ L. BÜHLER, (n. 54), p. 229.

¹⁶¹ PH. GILLIÉRON, (n. 155), p. 764 ; L. BÜHLER, (n. 54), p. 229.

¹⁶² PH. GILLIÉRON, (n. 155), p. 757 ; L. BÜHLER, (n. 54), p. 225 ss.

¹⁶³ PH. GILLIÉRON, (n. 155), p. 757 ; voir le graphique explicatif de M. BRUNNER, (n. 154), p. 120.

¹⁶⁴ La doctrine considère toutefois que la création d'un tel lien *in-line* ne viole aucun des droits énumérés à l'art. 10 al. 2 LDA, mais que cet acte est illicite en raison du droit exclusif général de l'auteur découlant de l'art. 10 al. 1 LDA, voir PH. GILLIÉRON, (n. 155), p. 767 ; L. BÜHLER, (n. 54), p. 232 ; R. H. WEBER, (n. 105), p. 252.

¹⁶⁵ Dans ce sens, voir V. SALVADÉ, dans la présente publication.

¹⁶⁶ Dans l'affaire *Kelly v. Arriba*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002), la Cour d'Appel du 9ème Circuit a en effet décidé que la création d'un lien *in-line* portant sur une image du demandeur (un photographe) par la défenderesse (un moteur de recherche sur Internet) constituait une utilisation de l'œuvre violant le *public display right* qui correspond à l'art. 10 al. 2 litt. c LDA.

¹⁶⁷ M. BRUNNER, (n. 154), p. 124 ss.

c) *cadrage (framing)*

Le cadrage est un procédé par lequel un site Internet est visuellement intégré et "encadré" dans un autre site, grâce à une technologie permettant de diviser l'écran en plusieurs fenêtres indépendantes les unes des autres¹⁶⁸. Par ce procédé, les créateurs de sites sont en mesure d'intégrer le contenu de sites tiers à leur propre contenu, en donnant l'impression (trompeuse) que toutes les informations proviennent du même site¹⁶⁹. Sur le plan du droit d'auteur, le problème concerne essentiellement le droit à l'intégrité, dans la mesure où le cadrage conduit à la création d'une œuvre dérivée ou d'un recueil (soit le site sur lequel figurent les informations cadrées et les informations originales) (art. 11 al. 1 litt. b LDA), ou encore conduit à une présentation tronquée de l'œuvre (art. 11 al. 1 litt. a LDA). Peu importe à cet égard que, techniquement, il n'y ait pas de reproduction de l'œuvre cadrée¹⁷⁰, dès lors que le droit exclusif de l'art. 11 al. 1 litt. b LDA donne à l'auteur le droit de décider si l'œuvre peut être utilisée pour la création d'une œuvre dérivée ou être incorporée dans un recueil (donc indépendamment de la forme sous laquelle se présente l'œuvre dérivée ou le recueil). Enfin, on pourrait aussi considérer, par analogie avec le cas des liens *in-line*, que le cadrage constitue un acte de représentation de l'œuvre au sens de l'art. 10 al. 2 litt. c LDA.

4.4.2. *interprétation de la portée des contrats préexistants*

La question de l'interprétation de la portée des contrats préexistants se pose fréquemment aux distributeurs de contenu en ligne. Il arrive en effet souvent que ces distributeurs aient conclu avec les titulaires des droits d'auteur des contrats par lesquels ils se sont fait céder un catalogue de droits ne comprenant cependant pas expressément le droit d'utiliser l'œuvre en ligne, l'utilisation des œuvres sur les réseaux numériques étant encore inconnue au moment de la conclusion des contrats.

En droit suisse, la loi étant muette sur cette question¹⁷¹, on considère généralement que les droits relatifs à des utilisations non actuelles ne peuvent être considérés comme cédés que si cette cession a été expressément convenue ou qu'elle ressort nécessairement du but du contrat¹⁷². Ainsi, cette question devra être résolue avant la mise à disposition en ligne d'un contenu appartenant à un tiers. L'importance de cette question, en particulier dans le domaine de la presse, est soulignée par l'affaire *Tasini v. New York Times, Inc.* récemment jugée par la Cour Suprême des États-Unis¹⁷³. Dans le même esprit, on peut également citer l'affaire

¹⁶⁸ PH. GILLIÉRON, (n. 155), p. 756.

¹⁶⁹ PH. GILLIÉRON, (n. 155), p. 756 ss.

¹⁷⁰ Voir cependant PH. GILLIÉRON, (n. 155), p. 767.

¹⁷¹ L'Avant-Projet (n. 92), prévoit, dans le cadre spécifique des contrats conclus entre un auteur et un producteur, que "*l'auteur a le droit de participer équitablement au produit de l'exploitation des utilisations de l'œuvre qui étaient inconnues au moment de la conclusion du contrat*", ce droit étant déclaré impératif (art. 17a al. 1 AP LDA).

¹⁷² D. BARRELET/W. EGLOFF, (n. 65), No. 22 ad art. 16 ; I. CHERPILLOD, "Titularité et transferts des droits", *Le nouveau droit d'auteur*, Lausanne 1994, p. 69 ss, p. 99 (notant que "*seuls seront concédés les droits concernant la ou les formes d'exploitation que les parties devaient envisager selon des critères objectifs*") ; pour le droit français, voir les affaires *Figaro* et *SA Groupe Progrès* citées par N. TISSOT, (n. 71), p. 150.

¹⁷³ 533 U.S. 483 (2001) ; dans cette affaire, le *New York Times* avait permis à un tiers de mettre à disposition en ligne les articles écrits par plusieurs journalistes *free lance* sans avoir expressément obtenu le droit d'y procéder, le conflit juridique portant sur l'interprétation d'une exception au droit d'auteur prévue par la loi américaine.

Rosetta Books qui concerne la question de savoir si l'utilisation d'une œuvre sous la forme d'un eBook¹⁷⁴ viole le droit de l'éditeur de l'œuvre qui s'était fait céder le droit de publier et de commercialiser l'œuvre sous forme de livre¹⁷⁵. Sur mesures provisionnelles requises par l'éditeur, le juge de première instance a considéré qu'un livre électronique se distinguait des livres traditionnels de sorte qu'une telle forme d'exploitation n'était pas couverte par la clause de cession de droit précitée et que l'éditeur ne pouvait donc pas se prévaloir d'une violation du droit d'auteur face à l'utilisation de l'œuvre sous forme d'eBook¹⁷⁶.

4.4.3. mesures techniques de protection d'un contenu numérique et leur protection juridique

a) mesures techniques de protection d'un contenu numérique

Conscientes des menaces posées par la technologie, les industries du contenu (en particulier dans le domaine des logiciels et de la musique) ont tenté de développer des réponses technologiques pour lutter contre la piraterie, avec un succès relatif, en dépit des investissements énormes consentis¹⁷⁷. Bien qu'il faille d'emblée noter qu'une énumération des différentes méthodes technologiques de protection utilisées dans la pratique serait vaine¹⁷⁸, compte tenu des innovations constantes accomplies dans ce domaine, on peut cependant distinguer deux catégories générales de moyens de protection technologiques : les mesures de protection au sens strict (protection contre l'accès et/ou contre la copie illicites) d'une part¹⁷⁹, et les mesures d'identification des œuvres numériques d'autre part¹⁸⁰.

Les mesures de protection au sens strict visent directement à contrôler l'accès au contenu (par l'exigence d'un mot de passe, d'un code d'accès, etc., ou par l'utilisation de systèmes de cryptage) ou à prévenir la copie non autorisée du contenu

¹⁷⁴ Soit un livre électronique lisible, p.ex., sur un écran de PDA (*Personal Digital Assistant*) tel qu'un *Palm Pilot*.

¹⁷⁵ Le contrat stipulait que l'éditeur avait le droit de "print, publish and sell the work[s] in book form".

¹⁷⁶ *Random House, Inc. v. Rosetta Books LLC*, 150 F. Supp. 2d 613 (S.D.N.Y. 2001), aff'd, 2002 U.S. App. LEXIS 3673 (2nd Cir., 8 mars 2002), voir www.roselltabooks.com/pages/legal.html ; pour une analyse sous l'angle du droit suisse, voir M. REHBINDER, "Der E-Book-Verlagsvertrag", Festschrift für JEAN-NICOLAS DRUEY zum 65. Geburtstag, Zurich 2002, p. 219 ss.

¹⁷⁷ Ainsi le *Secure Digital Music Initiative (SDMI)*, une institution financée par un consortium d'entreprises représentant en particulier l'industrie de la musique (<http://www.sdmi.org/>), avait organisé un concours pour *hackers* en septembre 2000, dans le but de tester certaines mesures techniques de protection des œuvres musicales numériques (dans l'espoir de démontrer leur fiabilité), voir http://www.sdmi.org/pr/BR_Sept_18_2000_PR.htm ; au terme de ce concours, plusieurs *hackers* sont cependant parvenus à contourner ces mesures techniques de protection, voir http://www.sdmi.org/pr/DC_Nov_28_2000_PR.htm.

¹⁷⁸ Voir, par exemple, *Storm Impact, Inc. v. Software of the Month Club*, 13 F. Supp. 2d 782 (N.D. Ill. 1997) (logiciel partagé [*shareware*] permettant l'accès à seulement une partie d'un jeu vidéo, l'accès au jeu entier n'étant offert qu'aux utilisateurs inscrits grâce à un système de serrure et de clé informatiques) ; voir aussi le système d'identification de la "poignée de main secrète" ("*Secret Handshake*") dans l'affaire *Realnetworks, Inc. v. Streambox, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 1889 (W.D. Wash. 2000), expliqué à la p. 6.

¹⁷⁹ Pour une analyse comparative, voir J. DE WERRA, "Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de l'OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les Directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie)", 189 *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 2001, p. 66 ss et P. WAND, "Technische Schutzmassnahmen und Urheberrecht", Munich 2002.

¹⁸⁰ Les mesures d'identification des œuvres ne protègent pas directement les œuvres contre le piratage, mais ont néanmoins un certain effet préventif *indirect* dans la mesure où elles visent à permettre l'identification du contenu numérique qui viendrait à être piraté.

(voir par exemple les nouveaux CDs munis de protection anti-copie)¹⁸¹. Par contraste, les mesures d'identification des œuvres ont pour objectif de donner des informations sur les titulaires des droits d'auteur et sur les conditions d'utilisation des œuvres numériques, sans directement interdire l'utilisation (accès/copie) non autorisée des œuvres. Techniquement, cette méthode d'identification peut prendre plusieurs formes, comme, par exemple, le tatouage numérique des œuvres (*watermarking*)¹⁸².

La distinction opérée entre mesures de protection au sens strict et mesures d'identification des œuvres reflète celle qui est faite dans les Traités Internet de l'OMPI¹⁸³. Ces traités consacrent en effet une protection juridique distincte contre la neutralisation de ces deux types de mesures technologiques de protection¹⁸⁴.

En dépit de cette distinction juridique, il est important de réaliser que, sur un plan pratique, l'on parle globalement de gestion des droits numériques (*Digital Rights Management, DRM*) pour désigner l'ensemble des moyens technologiques permettant aux titulaires des droits sur un contenu numérique de gérer l'accès à ce contenu contre paiement, sans qu'une distinction ne soit faite entre les mesures de protection au sens strict et les mesures d'identification¹⁸⁵. Plusieurs entreprises offrent ainsi des solutions *DRM* permettant la gestion complète de la distribution en ligne (contre paiement) de contenu¹⁸⁶.

b) Protection juridique contre la neutralisation des mesures techniques de protection

La mise en œuvre législative de l'interdiction de la neutralisation des mesures techniques de protection des œuvres introduite par les Traités Internet de l'OMPI¹⁸⁷ a déjà fait passablement couler d'encre¹⁸⁸, tout particulièrement en ce qui concerne les choix législatifs faits dans le *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*, le reproche

¹⁸¹ Voir par exemple le *CD-Rom Copy Protection (SafeDisc)* de Macrovision, à <http://www.macrovision.com/solutions/software/cdrom/>.

¹⁸² Voir, p.ex., les produits offerts par <http://www.ewatermark.com/>.

¹⁸³ Voir (n. 88).

¹⁸⁴ Voir Art. 11 et 12 WCT (et les dispositions similaires des art. 18 et 19 WPPT).

¹⁸⁵ « *DRM is the chain of hardware and software services and technologies governing the authorized use of digital content and managing any consequences of that use throughout the entire life cycle of the content* », IDC White paper, p. 3, accessible à <http://www.intertrust.com/main/research/whitepapers/IDCUnderstandingDRMSystems.pdf> ; sur cette question, voir le site de la conférence intitulée "*The Law & Technology of DRM*", Berkeley, Etats-Unis (27 février au 1er mars 2003) à <http://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/drm/> et la liste de documents présentant diverses facettes des DRM accessible depuis : <http://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/drm/resources.html>.

¹⁸⁶ Voir le *Electronic Media Management System (EMMS)* de IBM, accessible à <http://www-3.ibm.com/software/data/emms/> ; voir aussi le système NagraIP DRM, accessible à <http://www.kudelski.com/nagravision/pages/drm.htm>.

¹⁸⁷ Voir supra (n. 184).

¹⁸⁸ Voir S. DUSSOLIER, "Electrifying the Fence: The Legal Protection of Technological Protection Measures for Protecting Copyright", E.I.P.R. 1999, p. 285 ss ; D. S. MARKS/B. H. TURNBULL, "Technical Protection Measures: The Intersection of Technology, Law and Commercial Licenses", E.I.P.R. 2000, p. 198 ss ; K. KOELMAN, "A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures", E.I.P.R. 2000, p. 272 ss ; A. STROWEL/S. DUSSOLIER, "La protection légale des systèmes techniques", (Document WIPO, WCT-WPPT/IMP/2) disponible à www.wipo.org/fre/meetings/1999/wct_wppt/doc/imp99_2.doc) ; K. KOELMAN/N. HELBERGER, "Protection of Technological Measures (Institute of Information Law ed.)", Amsterdam 1998.

étant que la nouvelle protection ainsi conférée aux titulaires des droits étendrait exagérément la protection qui leur était accordée jusqu'alors¹⁸⁹.

Sur un plan général, l'introduction d'une nouvelle protection légale contre la neutralisation des mesures techniques a pour effet de faire bénéficier les titulaires du droit d'auteur de trois niveaux de protection cumulables : le premier est la protection légale par le droit d'auteur. Le deuxième niveau est la protection technique des œuvres par le moyen de mesures techniques de protection. Le troisième et nouveau niveau est la protection légale contre la neutralisation des mesures techniques de protection introduite par les Traités Internet de l'OMPI.

Sans entrer dans les détails d'une problématique qui pourrait faire l'objet d'une étude distincte, il sied simplement de noter ici qu'un des problèmes législatifs essentiels rencontrés dans le cadre d'une réglementation légale de l'interdiction de la neutralisation des mesures technologiques touche la question de la relation existant entre la nouvelle protection contre la neutralisation des mesures techniques et le respect des exceptions au droit d'auteur, soit de savoir dans quelle mesure le nouveau régime légal pourrait interdire la neutralisation d'une mesure technique de protection, alors que cette neutralisation serait faite dans le but d'utiliser licitement le contenu protégé (dans le cadre d'une exception au droit d'auteur). Le nouveau régime permettrait ainsi d'interdire ce qui ne l'était pas sous le régime du droit d'auteur. Cette question a été passablement discutée de part et d'autre de l'Atlantique, sans qu'une solution définitive n'ait été trouvée, les deux réglementations adoptées (*DMCA* et Directive Société de l'information) instituant un mécanisme d'auto-révision périodique permettant d'évaluer l'impact de la nouvelle réglementation sur l'exercice effectif des exceptions au droit d'auteur¹⁹⁰.

Quoi qu'il en soit, et quel que soit l'intérêt dogmatique de cette question, notamment sous l'angle de l'éventuel caractère impératif des exceptions au droit d'auteur¹⁹¹, il est essentiel de noter que la protection légale contre la neutralisation des mesures techniques de protection est déjà - soit indépendamment de la protection du contenu par un droit de propriété intellectuelle **et** indépendamment de l'introduction de cette nouvelle "couche" de protection - garantie en droit pénal suisse (à tout le moins en ce qui concerne la protection contre l'accès¹⁹² non autorisé). Tel est également le cas à l'étranger, et sur le plan international, ainsi que cela résulte notamment de la Directive concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel¹⁹³, qui a pour objectif général de protéger l'accès ainsi que la rémunération des services en lignes, de même que de la Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel préparée sous l'égide du Conseil de l'Europe, qui est ouverte à la signature des Etats depuis le 24 janvier 2001¹⁹⁴. La

¹⁸⁹ P. SAMUELSON, "Intellectual Property and the Digital Economy : Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised", 14 Berkeley Tech. L. J. 1999, p. 519 ss ; voir le texte législatif à 17 U.S.C. § 1201.

¹⁹⁰ Voir 17 U.S.C. § 1201 et art. 12 Directive Société de l'information (n. 90); pour une présentation du mécanisme de ces procédures de révision, voir J. DE WERRA, (n. 179), p. 115 ss et p. 151 ss.

¹⁹¹ Voir supra 4.3.

¹⁹² Ce qui est probablement la préoccupation principale dans l'environnement numérique, voir infra 4.5.1.

¹⁹³ Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998, JOCE n° L 320 du 28 novembre 1998, p. 54 ss.

¹⁹⁴ Le but de cette Convention est d'offrir aux opérateurs/prestataires de services de télévision et de radio payantes de même que de services payants offerts en ligne une protection contre la

préexistence de cette protection indépendante rend ainsi caduque la discussion relative aux exceptions potentielles à l'illégalité de la neutralisation dans le cadre du droit d'auteur, dès lors qu'une neutralisation qui serait par hypothèse jugée licite sous l'angle de la nouvelle réglementation spécifique au droit d'auteur pourrait quand même être déclarée illicite en vertu du droit (pénal) commun, à moins que les relations entre ces types de législations soient expressément clarifiées¹⁹⁵.

Concernant la réglementation suisse, l'AP LDA prévoit au nouvel art. 70a al. 1 litt. a que sera punissable pénalement celui qui aura "*neutralisé ou rendu inutilisable toute mesure technique destinée à protéger un droit d'auteur ou un droit voisin*". En dépit de sa concision (par rapport aux longues et complexes définitions contenues dans les réglementations américaine et européenne)¹⁹⁶, cette formulation pourrait être problématique dans la mesure où, en définissant la mesure technique comme étant "*destinée à protéger un droit d'auteur ou un droit voisin*", on peut se demander si les mesures techniques protégeant l'accès aux œuvres sont également visées par cette définition. En effet, les mesures techniques protégeant l'accès ne sont pas directement destinées à protéger un droit d'auteur, car le droit d'auteur ne confère aucun droit exclusif d'accès à son titulaire. Aussi aurait-on peut-être pu préférer une formulation définissant les mesures techniques comme des mesures protégeant des œuvres (elles-mêmes protégées par le droit d'auteur), et non pas directement les droits d'auteur¹⁹⁷.

L'art. 70 al. 1 litt. b AP LDA dispose en outre que sera punissable pénalement celui qui aura fabriqué ou commercialisé des dispositifs qui sont principalement conçus pour neutraliser des mesures techniques au sens du premier alinéa ou pour fournir des services correspondants. Cette formulation est également problématique pour les titulaires des droits dans la mesure où elle semble être applicable, ni à l'activité d'une personne qui fournirait gratuitement (faute de "commercialiser" le dispositif) un dispositif sur son site Internet sous la forme d'un logiciel de piratage

réception illicite de leurs services au niveau européen au sens large (soit au delà de l'Union Européenne). La Convention impose aux Etats qui la ratifient de sanctionner pénalement ou administrativement un certain nombre d'activités, notamment la fabrication de décodeurs illégaux ou de cartes intelligentes de décodage (*smart cards*) pour la télévision payante ainsi que la distribution et la commercialisation de ces dispositifs. L'usage personnel d'un décodeur ou d'une *smart card* ne constitue pas une infraction pénale selon la Convention, mais les Etats parties sont libres d'aller au-delà de ce qu'impose la Convention sur ce point et d'aviser le Secrétariat Général qu'ils criminalisent cette activité. Par l'adoption de cette Convention, le Conseil de l'Europe soutiendra les diffuseurs européens et les fournisseurs de services en ligne contre les pertes économiques qu'ils subissent résultant des dispositifs de décodage illicites et des activités de piratage en général. La Convention, qui a été adoptée par le comité des ministres le 6 octobre 2000, est ouverte à la signature par les Etats membres du Conseil de Europe, les autres Etats parties à la Convention culturelle Européenne et à la Communauté européenne à Strasbourg depuis le 24 janvier 2001 (voir <http://conventions.coe.int>).

¹⁹⁵ Certes, le principe général d'interprétation des normes selon lequel la loi spéciale postérieure (droit d'auteur) prévaut sur la loi générale antérieure (droit pénal) devrait intervenir, mais n'exclurait pas toute difficulté d'application ; sur ce principe, voir U. HÄFELIN/G. MÜLLER, "Allgemeines Verwaltungsrecht", 4ème éd., Zurich 2002, No. 220 p. 44.

¹⁹⁶ Voir 17 U.S.C. § 1201 et art. 6 Directive Société de l'information (n. 90).

¹⁹⁷ Voir, par comparaison, la définition des mesures techniques de protection de l'art. 6 al. 3 de la Directive Société de l'information (n. 90), soit "*toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la Directive 96/9/EC.*"

permettant de déjouer les mesures techniques de protection¹⁹⁸, ni à celle d'une personne qui créerait un lien hypertexte sur son propre site pointant vers un/des sites offrant des dispositifs de neutralisation¹⁹⁹.

Il convient enfin de noter que l'AP LDA ne se prononce pas généralement sur la question de la relation entre la neutralisation des mesures techniques de protection et les exceptions au droit d'auteur (et n'institue aucun mécanisme d'évaluation de l'impact de la loi, contrairement aux législations américaine et européenne). L'AP LDA prévoit cependant, à propos de l'exception pour usage privé, que celle-ci ne vaudra pas si des mesures techniques ont été adoptées²⁰⁰, laissant ainsi entendre que les exceptions doivent céder face à la protection technique du contenu.

4.5. l'avenir du droit d'auteur dans l'environnement numérique

4.5.1. d'un contrôle sur les copies à un contrôle de l'accès

D'emblée, il convient de relever que la question du contrôle de l'accès aux œuvres n'est pas une problématique nouvelle en droit d'auteur et n'est pas apparue avec l'ère numérique²⁰¹. Ainsi, certaines manifestations de l'équilibre entre la protection de l'œuvre et l'accès à celle-ci sont déjà présentes dans la législation sur le droit d'auteur²⁰². Plus récemment, l'importance de la question de l'accès a ressurgi dans le cadre de la protection des programmes d'ordinateur²⁰³. L'avènement de la société de l'information généralise désormais l'importance de cette question dans le système du droit d'auteur²⁰⁴. Dans un environnement dans lequel les œuvres

¹⁹⁸ Comme l'avait fait le défendeur dans l'affaire du logiciel *DeCSS*, ce logiciel permettant de neutraliser le système de protection du *Content Scramble System (CSS)*, soit "système de brouillage du contenu", utilisé pour empêcher la copie des DVDs, voir *Universal City Studio Inc. v. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294 (S.D.N.Y. 2000), confirmé par arrêt de la Cour d'Appel du 2d Cir. (28 novembre 2001), accessible à <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/DVD/NY/appeals/opinion.html>.

¹⁹⁹ Par comparaison, la législation australienne dispose expressément qu'est illicite l'acte de mettre à disposition un dispositif de neutralisation en ligne dans la mesure où cela affecte de manière préjudiciable le titulaire du droit d'auteur, voir art. 116A (vi) du Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000 No. 110, 2000, qui est entré en vigueur le 4 mars 2001 (voir <http://www.copyright.com.au/CopyrightAct.pdf>): "(...) making the circumvention device available online to an extent that will affect prejudicially the owner of the copyright".

²⁰⁰ Voir supra 4.3.1. et 4.4.3.

²⁰¹ J. C. GINSBURG, "From Having Copies to Experiencing Works : the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law", U.S. Intellectual Property Law and Policy, Londres 2000 (la version accessible en ligne à http://papers2.ssrn.com/paper.taf?ABSTRACT_ID=222493 est citée), p. 11 (relevant que "the seeds of an access right can be found in pre-Internet copyright law"); voir aussi N. ELKIN-KOREN, "A Public-Regarding Approach to Contracting Over Copyrights", Expanding the Boundaries of Intellectual Property, Innovation Policy for the Knowledge Society, Oxford 2001, p. 191 ss, p. 221.

²⁰² Voir p. ex. Art. 14 LDA (droit d'accès à l'œuvre).

²⁰³ *Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp.*, 203 F.3d 596 (9th Cir. 2000); *Sega Entreprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1993) (décompilation du logiciel considéré comme un usage loyal *fair use* parce que cette méthode constituait le seul moyen d'accéder aux idées et aux éléments fonctionnels - pas protégés par le droit d'auteur - contenus dans le programme d'ordinateur).

²⁰⁴ J. C. GINSBURG, (n. 201), p. 15 ("As we move to an access-based world of distribution of copyrighted works, a copyright system that neglected access controls would make copyright illusory, and in the long run it would disserve consumers"); voir aussi TH. HEIDE, "Copyright in the EU and U.S. : What "Access-Right" ?", 48 J. Copyright Soc'y U.S.A. 2001, p. 363 ss; S. OLSWANG, "Accessright : An Evolutionary Path for Copyright in the Digital Era ?", E.I.P.R. 1995, p. 215 ss;

protégées ne seront accessibles qu'en ligne, il est en effet probable que le contrôle de l'accès devienne la préoccupation principale des titulaires des droits d'auteur²⁰⁵, de sorte que l'on a pu parler de la création d'un nouveau "droit d'accès"²⁰⁶. Alors que le contrôle sur la reproduction et la distribution des exemplaires matériels des œuvres était la préoccupation essentielle dans l'environnement "avant réseau", la question clé de l'environnement numérique est probablement celle du contrôle de l'accès²⁰⁷.

La consécration d'un tel droit d'accès découle d'ailleurs indirectement de l'introduction d'une protection légale contre la neutralisation des mesures techniques de protection²⁰⁸.

Quoi qu'il en soit, on peut considérer cette évolution comme une transformation d'un droit de contrôle sur les copies matérielles des œuvres (*copyright*) à un droit exclusif d'accès en ligne aux œuvres numériques (*accessright*).

4.5.2. nouveau droit d'accès et nouvelle(s) exception(s) ?

Reconnaître purement et simplement un droit exclusif d'accès en faveur des titulaires des droits d'auteur ne va pas sans difficulté. Si les titulaires du droit d'auteur se voient en effet octroyer un tel droit exclusif, ils obtiendront une protection qui ira au-delà de ce que leur fournit le régime légal de protection conféré par le droit d'auteur. Dans le régime actuel en effet, l'accès à l'œuvre, soit sa perception, est libre, ce qui ne serait plus le cas en cas de reconnaissance d'un droit exclusif d'accès. On a dès lors suggéré de soumettre cet éventuel nouveau droit d'accès aux exceptions au droit d'auteur²⁰⁹. Dans cette mesure, on pourrait considérer que les utilisateurs devraient bénéficier d'une nouvelle exception au droit d'auteur leur donnant un accès équitable (*fair access*) aux œuvres numériques consultées en ligne. Ce risque d'une protection excessive résultant d'un droit exclusif d'accès trop large a été particulièrement ressenti dans le cadre de l'adoption de dispositions légales interdisant la neutralisation des mesures techniques de protection protégeant les œuvres numériques tant aux Etats-Unis²¹⁰ que dans l'Union Européenne²¹¹. Sur cette base, selon le régime de protection (complexe) adopté dans le *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)* américain, la neutralisation d'une mesure technique protégeant l'accès en vue d'utiliser l'œuvre dans le cadre d'une exception

S. DUSOLLIER et al., "Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres/Copyright : A Right to Control Access To Works ?", Bruxelles 2000.

²⁰⁵ Voir R. NIMMER, "Information Law", § 4.17, p. 459 ss. (West Publishing, 2002) ("*Concepts about distributing a work in copies or transmitting a work as a primary exclusive right under copyright law reflect one view of marketing and distribution. That view suggests that the principal economic interests of a copyright owner focus on the multiple distributions. These characterize an environment that consists of distribution in tangible form, fixed to disks, pages, and the like. In cyberspace, that mass market will not necessarily be the norm. Instead, it may be much more important to be able to control and charge for access to copyrighted materials located on a network system*").

²⁰⁶ J. C. GINSBURG, (n. 201), p. 13 (qui note que le droit d'accès "*responds to what is becoming the dominant way in which works are in fact exploited in the digital environment*").

²⁰⁷ J. C. GINSBURG, (n. 201), p. 3.

²⁰⁸ Voir supra 4.4.3.

²⁰⁹ Soit en droit américain, tout particulièrement à l'exception du *fair use*, voir J. C. GINSBURG, (n. 201), p. 25.

²¹⁰ Voir 17 U.S.C. § 1201.

²¹¹ Art. 6 de la Directive Société de l'information, (n. 90).

au droit d'auteur ne sera pas considérée comme illégale dans certaines circonstances²¹².

Dans cette perspective, on a considéré qu'une telle exception ou limitation au droit exclusif en vue de permettre un accès équitable au contenu protégé pourrait trouver sa source dans le droit public de la télédiffusion²¹³, tout particulièrement la Convention européenne sur la télévision transfrontière (adoptée par le Conseil de l'Europe)²¹⁴ et par la Directive européenne relative à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle²¹⁵. Ces deux instruments consacrent en effet un certain droit du public d'accéder à la télédiffusion de certains événements importants, soit essentiellement des événements sportifs²¹⁶, qui doivent être diffusés sur des chaînes publiques, et non pas seulement sur des chaînes privées à péage. On a ainsi proposé de considérer ces réglementations comme modèles susceptibles d'être appliqués par analogie à d'autres catégories de contenu (scientifiques ou artistiques)²¹⁷. En dépit de son attrait, une telle proposition restera délicate à mettre en œuvre, en tous les cas dans le secteur culturel, dans la mesure où il sera difficile de définir, pour l'autorité législative ou réglementaire chargée de l'application, les œuvres (ou même les catégories d'œuvres) qui devraient être considérées comme suffisamment importantes pour justifier un accès du public. Une telle détermination pourrait en effet être assimilée à une manifestation d'un certain dirigisme culturel, peu compatible avec un Etat démocratique et libéral. Dans cette mesure, une telle proposition ne semble pas offrir une solution adéquate au problème de l'accès du public à l'information.

Examinée sous un angle pratique, la nouvelle fonction du droit d'auteur pourrait ainsi être de définir un nouvel équilibre entre accès et contrôle dans un environnement dominé par la technologie et les contrats²¹⁸.

Ainsi, comme l'a noté un auteur, *"si la distribution en ligne remplace les moyens de distribution actuels tels que livres, télévision et radio, toute information est susceptible d'être soumise à des conditions contractuelles restrictives. Dans ce cas, une intervention pourrait être nécessaire afin d'assurer un accès à l'information. (...) Le droit d'auteur du vingtième siècle avait pour but de résoudre le problème du free-riding dans un contexte dans lequel il n'était pas possible de créer de relations contractuelles. La dissémination en ligne permet de remplacer le droit d'auteur par un régime contractuel. Définir les limites de la liberté contractuelle afin de préserver*

²¹² 17 U.S.C. § 1201 (a)(1)(B) and (C) ; voir J. DE WERRA, (n. 179), p. 107 ss.

²¹³ B. HUGENHOLTZ, "Copyright, Contract and Code : What Will Remain of the Public Domain ?", 26 Brook. J. Int'l L. 2000, p. 88 ss.

²¹⁴ Voir Art. 9 de la Convention européenne sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989, RS 0.784.405.

²¹⁵ Art. 3(a)(1) de la Directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE n° L 202 du 30 juillet 1997, p. 60 ss.

²¹⁶ B. HUGENHOLTZ, (n. 213), p. 89.

²¹⁷ B. HUGENHOLTZ, (n. 213), p. 89 (*"If legislatures were to contemplate legal measures to cure the negative effects of the wide-scale application of trusted systems, and to safeguard the public domain, comparable legislation outside the field of broadcasting law might be considered, for example, a right of access to (socially, culturally or economically) 'important' scientific source material, works of art, etc."*).

²¹⁸ Voir N. ELKIN-KOREN, (n. 201), p. 221 (*"the challenge for copyright policy in the new information economy is to secure reasonable access by the public"*).

l'accès à l'information pourrait devenir le but principal du droit d'auteur au 21^{ème} siècle²¹⁹.

4.5.3. au-delà du droit d'auteur : quel accès au contenu non protégé ?

Dans l'environnement des réseaux numériques, les systèmes de protection technique et les restrictions contractuelles s'appliqueront à tout type de contenu numérique, qu'il soit ou non protégé par le droit d'auteur, un droit voisin ou un droit *sui generis*²²⁰. A cet égard, il convient de prendre conscience de l'importance progressive prise par la technologie comme source de régulation, tout particulièrement dans le cas où la technologie est utilisée pour protéger un contenu numérique. C'est en effet la technologie, et non plus la loi, qui définit les conditions d'accès et d'utilisation du contenu sur Internet. Ainsi, c'est la technologie qui déterminera si et à quelles conditions on peut accéder au contenu ou si une copie du contenu peut être faite (voir l'exemple des CDs anti-copie), et ce, même si le droit permettrait théoriquement qu'une copie du contenu soit faite (par exemple en vertu de l'exception pour usage privé prévue par le droit d'auteur²²¹). Dans le cadre des réseaux informatiques, on a ainsi parlé de *Trusted Systems*²²² pour décrire les systèmes sécurisés dans lesquels les conditions d'utilisation du contenu sont réglementées par la technologie.

Dans cette mesure, la technologie a une fonction de régulation, qui supprime celle du droit²²³. Cette importance croissante de la technologie informatique (désigné comme le "code")²²⁴ a ainsi été perçue comme un risque majeur par certains²²⁵, qui y ont vu l'émergence d'une *Lex Informatica*²²⁶, particulièrement redoutable dans la mesure où la technologie est soustraite à tout processus d'adoption démocratique, et primerait ainsi sur le régime de protection légale qui est fondé sur une pondération délicate des intérêts en présence, ce qui est tout particulièrement le cas en matière de droit d'auteur²²⁷. Aussi peut-on lire qu'on assisterait à une privatisation du droit d'auteur²²⁸. En réalité, on devrait plutôt parler d'un mouvement de privatisation du

²¹⁹ R. VAN DEN BERGH, "The Role and Social Justification of Copyright. A Law and Economics Approach", 1 *Intell. Prop. Q.* 1998, p. 17 ss, p. 33 ss. (texte original en anglais).

²²⁰ K. W. DAM, "Self-Help in the Digital Jungle", *Expanding the Boundaries of Intellectual Property, Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford 2001, p. 103 ss, p. 117.

²²¹ Art. 19 al. 1 LDA ; sur cette question, voir supra 4.3.1.

²²² Voir M. STEFIK, "Shifting the Possible : How Trusted Systems and Digital Property Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing", 12 *Berkeley Tech. L.J.* 1997, p. 137 ss ; id., "Trusted Systems", *Scientific American* (mars 1997), p. 78 ; id., "Letting Loose the Light : Igniting Commerce in Electronic Publication", *Internet Dreams : Archetypes, Myths, and Metaphors*, Boston 1996, p. 220 ss.

²²³ L. LESSIG, "Code and Other Laws of Cyberspace", New York 1999, p. 6 ("In real space we recognize how laws regulate – through constitutions, statutes, and other legal codes. In cyberspace, we must understand how code regulates – how the software and hardware that make cyberspace what it is regulate cyberspace as it is") et p. 126 ("Code can, and increasingly will, displace law as the primary, defense of intellectual property in cyberspace. Private fences, not public law").

²²⁴ L. LESSIG, (n. 223).

²²⁵ L. LESSIG, (n. 223).

²²⁶ J. M. REIDENBERG, "Lex Informatica : The Formulation of Information Policy Rules through Technology", 76 *Tex. L. Rev.* 1998, p. 553 ss.

²²⁷ E. PAHUD, "Die Sozialbindung des Urheberrechts", Berne 2000.

²²⁸ R. H. WEBER, "Traditionelles Urheberrecht : Sprengstoff für die Informationsgesellschaft", *Urheberrecht am Scheideweg ?*, Bern 2002, p. 69 ss, p. 70 (qui parle de "Privatisierung des

mode de protection du contenu (le droit étant remplacé par la technologie), et non pas d'une privatisation du droit d'auteur comme tel, ce d'autant que la protection technologique portera également sur des contenus numériques qui ne sont pas protégés par le droit d'auteur²²⁹.

On pourrait ainsi en conclure que la question de l'accès à l'information par le public dépasse le cadre du droit d'auteur et devrait faire l'objet d'une réglementation propre garantissant un droit d'accès, si les distributeurs de contenu devaient adopter des conditions technologiques et contractuelles trop restrictives²³⁰.

De manière générale, la garantie de l'accès au contenu sur Internet apparaît comme une conséquence logique de la politique de promotion de l'accès du public (connexion) au réseau Internet comme fondement de la société de l'information²³¹. Dans cette perspective, il est évident qu'il ne sert à rien d'obtenir la connexion à Internet si l'on n'est pas en mesure d'accéder au contenu de valeur qu'offre Internet (ce contenu étant précisément protégé par des mesures technologiques de protection et des contrats). C'est en effet en octroyant cet accès que le fossé numérique (*digital divide*) entre les inforiches (*inforich*) et infopauvres (*infopoor*) pourra être comblé²³².

La question dépasse donc le cadre du droit d'auteur et impose de trouver un équilibre entre le **contrôle** sur l'information et l'**accès** à l'information dans l'environnement numérique²³³. Dans cette perspective, comme certains l'ont noté²³⁴, le droit de la concurrence est susceptible de jouer un rôle déterminant, en limitant potentiellement la portée du monopole sur l'information²³⁵, raison pour laquelle il convient de traiter cette question.

Urheberrechts) ; voir aussi M. HYZIK, "Das neue private Urheberrecht für das digitale Umfeld", sic! 2001, p. 107 ss.

²²⁹ Donc pour lesquelles aucune potentielle privatisation du droit d'auteur ne peut avoir lieu.

²³⁰ B. HUGENHOLTZ, (n. 213), p. 90 (concluant son article en relevant que "[i]n a worst case scenario, only a new body of public information law, that can secure a right of access to 'important' information will be able to safeguard the public domain").

²³¹ Voir le deuxième considérant de la Directive sur le commerce électronique (n. 93) qui dispose que "le développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités importantes pour l'emploi dans la Communauté, en particulier dans les petites et moyennes entreprises. Il facilitera la croissance économique des entreprises européennes ainsi que leurs investissements dans l'innovation, et il peut également renforcer la compétitivité des entreprises européennes, **pour autant que tout le monde puisse accéder à l'Internet**" (gras ajouté).

²³² Sur cette question, voir les travaux de l'administration américaine et le rapport *Falling Through the Net : Toward Digital Inclusion* (octobre 2000), accessible à <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/fttn00/contents00.html>.

²³³ Voir par exemple le Congrès UNESCO's INFOethics 2000 sur le thème "*Right to Universal Access to Information in the 21st century*", <http://webworld.unesco.org/infoethics2000/index.html> ainsi que le document de S. DUSOLLIER et al., "Copyright and Access to Information in the Digital Environment", accessible à http://webworld.unesco.org/infoethics2000/documents/study_poulet_en.rtf.

²³⁴ R. H. WEBER, (n. 228), p. 82.

²³⁵ Aussi certains considèrent que le droit d'auteur et le droit de la concurrence joueront un rôle fondamental dans l'économie numérique, voir D. L. ROGERS, "Give the Small Players a Chance : Shaping the Digital Economy Through Antitrust and Copyright Law", 5 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 2001, p. 13 ss.

5 édition en ligne et droit de la concurrence

5.1. introduction

Comme déjà relevé²³⁶, l'affaire NAPSTER permet d'illustrer le rôle critique que le droit de la concurrence est susceptible de jouer dans le cadre de l'édition en ligne²³⁷.

Dans le cadre du procès l'opposant aux *majors*, NAPSTER a en effet soulevé l'argument que les *majors* abuseraient de leur droit d'auteur sur la musique par l'imposition de clauses contractuelles excessivement restrictives insérées dans le contrat de licence conclu entre MUSICNET²³⁸ et NAPSTER²³⁹. De manière générale, le reproche formulé par NAPSTER était que les *majors* tenteraient d'étendre le droit exclusif légalement conféré par le droit d'auteur sur le contenu (musique) pour contrôler également le marché de la distribution de la musique en ligne. La critique se dirigeait ainsi vers les deux joint-ventures MUSICNET et PRESSPLAY lancées par les *majors*, destinées à offrir une alternative (payante) à NAPSTER et aux autres plateformes illégales de distribution de musique en ligne²⁴⁰.

Sans pouvoir décider d'une éventuelle violation du droit de la concurrence américain à ce stade de la procédure, le juge de première instance de l'affaire NAPSTER a cependant clairement laissé entendre que ces joint-ventures, qui concentrent encore davantage l'exploitation des droits sur un marché déjà très peu concurrentiel, étaient suspectes sous l'angle du droit de la concurrence²⁴¹.

C'est d'ailleurs également ce qu'ont considéré les autorités de la concurrence américaines et européennes qui ont toutes deux ouvert une enquête sur ces joint-ventures l'année passée, sans que les résultats de ces enquêtes ne soient connus à ce jour.

Au-delà de la question du phénomène de concentration existant dans l'industrie de la musique²⁴², la question sous-jacente qui se pose à l'heure d'Internet est celle de la monopolisation de l'information²⁴³. Dans cette mesure, se pose la question générale de savoir quelles sont les limites posées à la monopolisation de

²³⁶ Voir supra 2.

²³⁷ Les modèles de distribution commerciaux rendus possibles par Internet posent d'autres défis au droit de la concurrence, qui ne seront pas traités ici, voir R. H. WEBER, "E-Commerce Marktauftritt in der kartellrechtlichen Rahmenordnung", Geschäftsplattform Internet III, Zurich 2002, p. 167 ss.

²³⁸ MUSICNET étant la joint-venture lancée par 3 des 5 *majors* (BMG, EMI et WARNER) afin de distribuer de la musique en ligne, avec qui NAPSTER avait conclu un contrat de licence lui donnant accès au catalogue des trois *majors* concernées.

²³⁹ Selon ce contrat, NAPSTER était obligée d'obtenir toute sa musique de MUSICNET (à l'exclusion d'autres fournisseurs), voir *in re* NAPSTER, 2002 U.S. Dist. LEXIS 2963, p. 50 ss. (N.D. Cal. 21 fév. 2002).

²⁴⁰ Voir K. DONOHUE, "Musicnet & Pressplay : To trust or antitrust ?", DUKE L. & Tech. Rev. 2001, p. 39 ss, accessible à www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2001DLTR0039.html.

²⁴¹ "Even on the undeveloped record before the court, these joint ventures look bad, sound bad and smell bad", *in re* NAPSTER, 2002 U.S. Dist. LEXIS 2963, p. *60 (N.D. Cal. 21 fév. 2002).

²⁴² Qui est donc susceptible de constituer un cas *classique* de concentration d'entreprises potentiellement illicite sous l'angle du droit de la concurrence.

²⁴³ R. H. WEBER, (n. 228), p. 81 ; voir aussi H. ULLRICH, "Intellectual Property, Access to Information, and Antitrust: Harmony, Disharmony, and International Harmonisation", *Expanding the Boundaries of Intellectual Property, Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford 2001, p. 365 ss.

l'information (tout particulièrement lorsque cette information est protégée par un droit de propriété intellectuelle) sous l'angle du droit de la concurrence²⁴⁴.

Pour illustrer pratiquement cette problématique, on peut se référer à deux affaires concernant le droit européen de la concurrence, la célèbre affaire MAGILL ainsi que l'affaire IMS (qui est actuellement pendante devant les autorités européennes).

5.2. l'affaire MAGILL

Dans l'affaire MAGILL²⁴⁵, qui est - à ce jour - la seule affaire dans laquelle la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), étant confrontée à un refus opposé par un titulaire d'un droit de propriété intellectuelle (droit d'auteur), a imposé l'obligation d'octroyer une licence au titulaire du droit, en raison d'une violation du droit européen de la concurrence²⁴⁶.

Dans cette affaire, trois chaînes de télévision (RTE, ITV et BBC) émettant en Irlande ("les émetteurs") ont refusé à un éditeur irlandais, MAGILL TV GUIDE LTD. ("MAGILL") le droit de reproduire la liste de leurs programmes de télévision dans son propre programme de télévision hebdomadaire. MAGILL ayant passé outre leur refus, les émetteurs ont obtenu une ordonnance d'un tribunal irlandais interdisant à MAGILL de publier son programme de télévision hebdomadaire en raison de la violation du droit d'auteur des émetteurs sur la liste de leurs programmes de télévision. MAGILL s'est alors tourné vers la Commission Européenne en invoquant une violation du droit européen de la concurrence²⁴⁷, fondée sur le fait que les émetteurs avaient refusé d'octroyer une licence d'utilisation sur leurs listes de programmes de télévision de manière abusive. Ayant constaté le caractère abusif du refus opposé par les émetteurs, la Commission a ordonné à ces derniers d'octroyer une licence à MAGILL²⁴⁸, cette obligation des émetteurs ayant ultérieurement été confirmée sur recours tant par le Tribunal de Première Instance (TPI) que par la CJCE. Les deux instances de recours ont ainsi confirmé la décision de la Commission, en se fondant toutefois sur une argumentation différente. Le TPI a motivé sa décision en se basant sur la distinction entre l'**existence** et l'**exercice** des droits de propriété intellectuelle, l'existence d'un droit de propriété intellectuelle n'étant comme telle pas soumise au droit de la concurrence, alors que l'exercice d'un tel droit pourrait conduire à une violation du droit de la concurrence dans certaines circonstances, notamment lorsque ce droit est exercé en poursuivant "*des objectifs manifestement*

²⁴⁴ Il ne saurait être question ici de présenter généralement la problématique complexe de la relation entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, voir à ce sujet, sous l'angle du droit européen de la concurrence, V. KORAH, "An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice", 6ème éd., Londres 1997, chapitres 8 (Intellectual Property Rights and the Free Movement of Goods) et 9 (Licenses of Industrial and Commercial Property Rights) ; voir l'art. 3 al. 2 LCart).

²⁴⁵ Affaire T-69/89, RTE c. Commission, Rec. 1991, p. II-485 ; affaire T-70/89, BBC c. Commission 1991 Rec. 1991, p. II-535 ; affaire T-76/89, ITP Ltd. c. Commission, Rec. 1991 p. II-575 ; affaires jointes C-241 & C-242/91, RTE, ITP c. Commission, Rec. 1995 p. I-743.

²⁴⁶ TH. C. VINJE, "The Final Word on MAGILL, The Judgement of the CJCE", E.I.P.R. 1995, p. 297 ss, p. 298.

²⁴⁷ Art. 86 du Traité CE (désormais art. 82).

²⁴⁸ Décision 89/205/CEE de la Commission du 21 décembre 1988 relative à une procédure au titre de l'article 86 du traité CEE (IV/31.851, MAGILL TV Guide/ITP, BBC et RTE), JOCE L 78 du 21 mars 1989, p. 43.

*antinomiques*²⁴⁹ à ceux du droit européen de la concurrence, découlant de l'art. 82 du Traité instituant la Communauté Européenne (ancien art. 86). La CJCE refusa d'appliquer ce critère de différenciation entre l'existence et l'exercice du droit, qu'elle trouva peu clair.²⁵⁰ La CJCE trancha néanmoins en faveur de MAGILL (et confirma la décision du TPI) en reconnaissant l'existence de "*circonstances exceptionnelles*"²⁵¹ rendant le refus des émetteurs abusif au sens de l'art. 82 du Traité. La CJCE parvint à cette conclusion en notant la présence de trois éléments cumulatifs justifiant l'existence de "*circonstances exceptionnelles*". Tout d'abord, le refus opposé par les émetteurs d'octroyer une licence concernant la liste de leurs programmes TV, a empêché la mise sur le marché d'un nouveau produit (guide hebdomadaire des programmes de télévision), que les émetteurs n'offraient pas. Ensuite, les émetteurs n'ont pas démontré l'existence de motifs valables justifiant leur refus. Enfin, par leur refus, les émetteurs se sont réservé un monopole sur le marché secondaire des guides hebdomadaires des programmes de télévision, en refusant de donner accès aux informations relatives à leurs programmes de télévision, ces informations ayant été considérées par la CJCE comme une "*matière première indispensable*"²⁵² pour créer le guide des programmes de télévision. La CJCE ordonna ainsi aux émetteurs d'octroyer une licence sur la liste de leurs programmes de télévision à MAGILL.

5.3. l'affaire IMS

Indépendamment des nombreuses réactions doctrinales suscitées par l'affaire MAGILL²⁵³, sans d'ailleurs que son influence véritable ne soit unanimement reconnue²⁵⁴, les autorités européennes ont refusé de constater une violation du droit de la concurrence dans deux affaires ultérieures, confirmant ainsi le caractère restrictif des "*circonstances exceptionnelles*" établies dans l'affaire MAGILL, ces conditions étant jugées nécessaires à la constatation d'une violation du droit de la concurrence²⁵⁵.

Toutefois, la Commission européenne a récemment ouvert de nouvelles perspectives à la *doctrine* MAGILL (et ainsi suscité de nouvelles craintes pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle) dans le cadre de l'affaire IMS, qui concerne la filiale allemande de la société américaine INTERCONTINENTAL MARKETING

²⁴⁹ Affaire T-69/89, *RTE c. Commission*, Rec. 1991 p. II-485, § 75.

²⁵⁰ Voir KORAH, (n. 244), p. 217 ss. ("*In legal theory, it is impossible to draw the line between the existence and the exercise, except at the extremes. Analytically, the existence of a right consists of all the ways in which it may be exercised. In ruling that an important difference rests on a distinction which cannot be drawn by logical analysis, the Court [of First Instance] created a very flexible instrument for it to develop the law and reduce the value of intellectual property*") ; S. B. OPI, "The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States : Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct ?", 11 *Fordham I. P., Media & Ent. L.J.* 2001, p. 409 ss, p. 455 ; TH. C. VINJE, (n. 246), p. 297.

²⁵¹ Affaires jointes C-241 & C-242/91, *RTE, ITP c. Commission*, Rec. 1995 p. I-743, § 50.

²⁵² Affaires jointes C-241 & C-242/91, *RTE, ITP c. Commission*, Rec. 1995 p. I-743, § 56.

²⁵³ Voir R. GREAVES, "MAGILL est arrivé ... RTE and ITP v. Commission of the European Communities", 4 *Eur. Comp. L. R.* 1995, p. 244 ss ; H.H. PAUL LUGARD, "CJCE Upholds MAGILL : It Sounds Nice in Theory, But How Does It Work in Practice ?", 6 *Eur. Bus. L. Rev.* 1995, p. 231 ss.

²⁵⁴ Voir les opinions contradictoires citées par S. B. OPI, (n. 250), p. 459 n. 378 (parmi lesquelles TH. C. VINJE, (n. 246), p. 302).

²⁵⁵ Affaire T-504/93, *Tierce Ladbrooke SA c. Commission*, Rec. 1997 p. II-923 et affaire C-7/97, *Oscar Bronner GmbH c. Media Print GmbH*, Rec. 1998 p. I-7791 ; S. B. OPI, (n. 250), p. 462 ("*the CJCE's holding in MAGILL is so constrained by the specific facts and exceptional circumstances of the case, that the judgement is unlikely to be successfully transposed to other situations*").

SERVICES HEALTH INC. (IMS), société fournissant un large éventail de services de recherches de marché, de marketing, et de gestion de vente à l'industrie pharmaceutique. IMS a en effet refusé d'octroyer une licence sur son système de service d'information protégé par le droit d'auteur (service de données régionales) fondé sur une structure de "briques"²⁵⁶ (modules) à ses concurrents sur le marché allemand, soit les sociétés NDC HEALTH CORP. et NDC HEALTH GMBH & CO. KG (NDC). Par décision du 3 juillet 2001, la Commission européenne a obligé IMS à octroyer une licence sur son système de structure de modules à NDC en constatant que le refus opposé par IMS constituait un abus de position dominante violant l'art. 82 du Traité²⁵⁷. Dans sa décision, la Commission européenne s'est appuyée sur MAGILL pour constater l'existence de "*circonstances exceptionnelles*" justifiant l'imposition d'une obligation d'octroyer une licence. La Commission européenne a en particulier estimé que la structure de modules protégée par le droit d'auteur était devenue "*la norme de fait du secteur pour la présentation des données régionales*"²⁵⁸, de sorte que le refus d'octroyer à ses concurrents une licence d'utilisation sur cette structure de modules était "*susceptible d'éliminer toute concurrence sur le marché en cause*"²⁵⁹.

Par ordonnance du 26 octobre 2001, le Président du Tribunal de première instance (TPI) a suspendu l'exécution de la décision de la Commission européenne, en relevant IMS de son obligation d'octroyer une licence jusqu'au jugement final²⁶⁰. Il faudra donc attendre la décision de la CJCE pour définir dans quelle mesure l'affaire IMS étend la notion de "*circonstances exceptionnelles*", développée dans l'affaire MAGILL, dans lesquelles le titulaire de droit d'auteur sera tenu d'octroyer une licence en raison d'un abus de position dominante. A cet égard, on peut déjà constater que, si elle devait être confirmée, la décision de la Commission européenne dans l'affaire IMS limiterait encore davantage le droit de la propriété intellectuelle, en admettant qu'un abus de position dominante peut se produire, même lorsque le refus d'octroyer une licence n'empêche pas la mise sur le marché d'un nouveau produit et qu'aucun marché secondaire n'est bloqué²⁶¹.

²⁵⁶ Les structures de briques divisent un pays en un certain nombre de zones géographiques déterminées artificiellement, les modules ("*briques*") étant utilisés pour mesurer les ventes de produits pharmaceutiques. Fondé sur ce système, le territoire allemand est divisé en 1860 modules.

²⁵⁷ Décision 2002/165/CE de la Commission du 3 juillet 2001 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaire COMP D3/38.044 - NDC Health/IMS HEALTH : mesures provisoires), JOCE n° L 59 du 28 février 2002, p. 18 ss.

²⁵⁸ Décision de la Commission, § 180.

²⁵⁹ Décision de la Commission, § 181.

²⁶⁰ Ordonnance du Président du Tribunal de Première Instance du 26 octobre 2001, affaire T-184/01 R, *IMS Health c. Commission*, Rec. 2001, p. II-3193 ; cette ordonnance a été confirmée par le Président de la CJCE par ordonnance du 11 avril 2002, affaire C-481/01 P (R), Rec. 2002, p. I-3401.

²⁶¹ Dans l'affaire MAGILL, le guide hebdomadaire des programmes de télévision que MAGILL voulait mettre sur le marché constituait un nouveau produit, alors que, par contraste, aucun nouveau produit n'est concerné dans l'affaire IMS ; pour une critique de cette extension, voir A. LOBER, "*Die IMS-Entscheidung der Europäischen Kommission : Copyright K.O.?*", GRUR Int. 2002, p. 7 ss, p. 10.

5.4. la doctrine de l'essential facility

Au-delà des deux affaires MAGILL et IMS, on cite souvent la doctrine de l'*essential facility* (facilité essentielle²⁶²) comme source potentielle de justification de l'obligation de concéder une licence d'utilisation sur un droit de propriété intellectuelle²⁶³. Cette doctrine, qui a son origine dans le droit *antitrust* américain²⁶⁴, suppose que quatre conditions soient remplies, pour qu'un accès à l'*essential facility* doive être octroyé²⁶⁵: contrôle exclusif d'une *essential facility* par une entreprise; impossibilité pour un concurrent de dupliquer cette *essential facility*; refus d'accès opposé par l'entreprise qui contrôle l'*essential facility*; octroi de l'accès facilement réalisable.

En dépit de l'intérêt doctrinal qu'elle a suscité²⁶⁶, on doit noter que cette doctrine a également été critiquée, essentiellement en raison de ses contours imprécis²⁶⁷. Cette incertitude se reflète d'ailleurs particulièrement quant à la question (fondamentale) de savoir si cette doctrine, qui concernait initialement le refus d'accès à une infrastructure *physique*, s'applique également au refus d'accès à une information ou à un droit de propriété intellectuelle. Cette question a ainsi été discutée à propos dans la cause MAGILL, sans qu'il ne soit unanimement admis que cette affaire constitue un cas d'application de la doctrine de l'*essential facility*²⁶⁸. Dans ce contexte, il est intéressant de noter que la doctrine de l'*essential facility* n'a pas été invoquée dans le cadre du procès en violation du droit *antitrust* intenté contre MICROSOFT, même si l'on aurait pu penser que le monopole existant sur le système d'exploitation WINDOWS en faisait un candidat/une cible idéal(e)²⁶⁹. Dans le cadre de l'accord conclu avec le gouvernement américain et une partie des Etats plaignants²⁷⁰, qui vient d'être approuvé par la justice²⁷¹, MICROSOFT s'est engagé à révéler les interfaces techniques de ses produits²⁷² (afin d'assurer la compatibilité

²⁶² Voir E. CLERC, "Commentaire Romand, Loi sur les Cartels", Bâle 2002, No. 147 ss ad art. 7 LCart.

²⁶³ R. H. WEBER, (n. 228), p. 83.

²⁶⁴ Voir *United States v. Terminal Railroad Ass'n*, 224 U.S. 383 (1912); pour une présentation générale, voir A. B. LIPSKY/J. G. SIDA, "Essential Facilities", 51 Stan. L. Rev. 1999, p. 1187 ss.

²⁶⁵ *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132-33 (7th Cir. 1983).

²⁶⁶ Voir M. MEINHARDT, "Die Beschränkung nationaler Immaterialgüterrechte durch Art. 86 EG- Vertrag unter besonderer Berücksichtigung der Essential Facilities-Doktrin", Berne 1998.

²⁶⁷ H. ULLRICH, (n. 243), p. 397 ("*...the essential facilities doctrine, probably in part due to its suggestive name, tends to substitute thorough analysis of the alleged anticompetitive effects by vague and indeterminate criteria of reasonableness. (...) Court decisions may become unpredictable as the emphasis shifts from competition to fairness between the parties*"); voir aussi PH. E. AREEDA, "Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles", 58 *Antitrust L.J.* 1989, p. 841 ss.

²⁶⁸ Niant son application dans l'affaire MAGILL, voir M. MEINHARDT, (n. 265), p. 162 et les références citées en note 663; admettant son application, voir A. LOBER, (n. 262), p. 10.

²⁶⁹ Envisageant cette possibilité, voir K. SCHINDLER, "Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht - Die "Essential Facility"- Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht", Berne 1998, p. 138.

²⁷⁰ Le jugement final (6 novembre 2001) proposé est accessible à <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f9400/9495.htm>; pour la procédure, voir <http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms-settle.htm>.

²⁷¹ Voir le jugement du premier novembre 2002 du juge du United District Court for the District of Columbia accessible à <http://www.microsoft.com/presspass/trial/nov02/11-01opinion.asp> et les autres documents officiels à <http://www.microsoft.com/presspass/legalnews.asp>.

²⁷² Soit les *Application Programming Interfaces (APIs)* définis comme "*the interfaces, including any associated callback interfaces, that Microsoft Middleware running on a Windows Operating System*

avec les programmes WINDOWS) aux entreprises ayant besoin de ces informations pour fournir des produits et services compatibles (producteurs de logiciels, fabricants d'ordinateurs, fournisseurs d'accès Internet, etc.). Indépendamment de l'application de la doctrine de l'*essential facility*, l'obligation consentie par MICROSOFT de révéler ces informations constitue ainsi un exemple concret d'application du droit de la concurrence dans un domaine relevant du droit d'auteur, dont la finalité est de briser un monopole sur une information, cette information étant jugée essentielle pour garantir la concurrence sur le marché concerné.

En droit suisse, la doctrine a également évoqué l'application de l'*essential facility*²⁷³ comme solution possible au problème de la monopolisation de l'information²⁷⁴. Dans un tel cas, c'est la liberté contractuelle négative des titulaires de droits (soit la liberté de décider de ne pas conclure un contrat) qui sera affectée, dans le sens où les titulaires seront contraints de conclure un contrat de licence (aux effets similaires à une licence légale) selon l'art. 13 b LCart²⁷⁵. Quoi qu'il en soit, l'application du droit de la concurrence supposera d'établir l'existence d'une position dominante au sens de l'art. 7 LCart²⁷⁶, la notion de position dominante devant être interprétée largement²⁷⁷. En matière de propriété intellectuelle, on admettra l'existence d'une position dominante lorsque l'objet protégé par le droit de propriété intellectuelle constitue lui-même un marché, parce qu'il n'existe pas de produits ou services substituables²⁷⁸. De tels cas ne devraient cependant pas se produire fréquemment²⁷⁹. D'ailleurs, on admet généralement qu'une admission trop large de l'existence d'une position dominante abusive risquerait de vider de toute sa substance la protection conférée par la propriété intellectuelle, et permettrait ainsi la création, par le droit de la concurrence, de nouvelles obligations d'octroyer des

Product uses to call upon that Windows Operating System Product in order to obtain any services from that Windows Operating System Product."

²⁷³ Pour une étude de l'*essential facility* sous l'angle du droit suisse, voir, outre K. SCHINDLER, (n. 269), B. HÜBSCHER/P. RIEDER, "Die Bedeutung der "Essential facilities"-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht", *sic!* 1997, p. 439 ss.

²⁷⁴ R. H. WEBER, "Alibaba oder das Risiko exklusiver Informationsinhaltsrechte", *Festschrift für Jean NICOLAS DRUEY*, Zurich 2002, p. 1009 ss, p. 1024 ss ; voir aussi R. M. HILTY, "Vom Janusgesicht des Immaterialgüterrechts - Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG", *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, *Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag*, Zurich 1999, p. 325 ss, p. 337.

²⁷⁵ R. M. HILTY, (n. 274), p. 336 ; K. SCHINDLER, (n. 269), p. 202 ss ; voir R. ZÄCH, "Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang - Mittel zum Schutz der Wettbewerber und des Wettbewerbs", *RDS* 1992, p. 1 ss.

²⁷⁶ R. H. WEBER, (n. 228), p. 84 ; R. M. HILTY, (n. 274), p. 414.

²⁷⁷ R. H. WEBER, (n. 228), p. 84 ; R. ZÄCH, "Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen", *SIWR* V/2, Bâle 2000, p. 137 ss, p. 141.

²⁷⁸ E. CLERC, (n. 262), No. 157 ad art. 7 LCart.

²⁷⁹ Voir à ce propos les *U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (6 avril 1995), ch. 2.2 ("*Although the intellectual property right confers the power to exclude with respect to the specific product, process, or work in question, there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power.*") ; voir aussi PH. E. AREEDA/H. HOVENKAMP, "Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application" § 523 131 (1995) ("*A trademark, copyright or patent excludes others from duplicated the covered name, word or product (etc.) but does not typically exclude rivals from the market. Accordingly, market power cannot be inferred, even presumptively, from the possession of intellectual property*").

licences à la charge des titulaires des droits, ces obligations venant s'ajouter aux licences légales déjà existantes²⁸⁰.

De ce qui précède, il résulte que l'accès à l'information ne pourra être fondé sur le droit de la concurrence que dans des circonstances exceptionnelles, dans lesquelles il pourra être établi que le titulaire du droit abuse de sa position dominante sur un marché dans lequel il n'existe pas de substituts, en refusant de concéder une licence d'utilisation sur le bien intellectuel indispensable qu'il détient. Comme le montre la jurisprudence (MAGILL, IMS et MICROSOFT), c'est essentiellement en matière d'œuvres informationnelles et fonctionnelles (programmes TV, système modulaire de division géographique pour estimation des ventes ou encore logiciels) que le droit de la concurrence a pu être appliqué. Cependant, le processus de concentration des médias qui semble se dessiner dans le secteur de la diffusion en ligne d'œuvres plus "traditionnelles" (particulièrement audiovisuelles et musicales) permet de penser que le droit de la concurrence aura une fonction critique à jouer dans le cadre de l'édition en ligne²⁸¹.

6 conclusion

Le développement d'Internet a fait naître de nouveaux espoirs et de nouvelles craintes tant pour les distributeurs de contenu que pour les utilisateurs. Au rang des espoirs, celui des distributeurs de contenu était de pouvoir atteindre directement un public mondial de consommateurs, alors que celui des utilisateurs était d'obtenir un accès immédiat à des informations illimitées. Pour ce qui est des craintes, les distributeurs de contenu ont redouté que des *hackers* ne viennent ruiner leurs projets, alors que les utilisateurs s'inquiétaient de ce que l'accès à l'information soit monopolisé et devienne ainsi excessivement coûteux²⁸².

²⁸⁰ M. MEINHARDT, (n. 266), p. 162 ; K. SCHINDLER, (n. 269), p. 134.

²⁸¹ Sur cette question, voir B. ORWALL, "Five Studios Join Venture for "Video on Demand", Wall St. J. 17 août 2001, p. A3 et N. WINGFIELD/A. W. MATHEWS, "Online Music Go Mainstream, Five Biggest Record Companies Launch Their Own Services, But Free Sites Threaten", Wall St. J. 29 novembre 2001, p. B1.

²⁸² Voir l'hypothèse humoristique imaginée par D. NIMMER et al., "The Metamorphosis of Contract into Expand", 87 Cal. L. Rev. 1999, p. 17 ss, p. 20 :

"The year is 2010. With the closure of the last B&N-Walden-Borders-Broadway superstore in Upton, California, no more off-line retail content stores remain in the United States (apart from the Scholar's Palazzo in Disneyland). Theatres, music venues, and movie houses have all but disappeared in the wake of in-home – not to mention implantable – content delivery. Funding for public libraries and the arts has been diverted into providing each person in America with access to the all-purpose device for accessing anything – Microsquish Audiovisual Utilization System (MAUS).

Now, anyone who wishes to read poetry, browse great works of art, enjoy a novel, watch an epic feature film (or humble television show), or experience any other work of authorship can, as a practical matter, do so only through the instrumentality of the MAUS. To access any work through the MAUS, the user must first click "OK" (or, in the case of implantable access, blink a cortical acknowledgement) on the ubiquitous authorization screen. That screen lets the user acknowledge that she agrees to be obligated to abide by all terms and provisions of <[http://www.contracts.com/usurious_perpetual_adhesive_overreaching/2001\\$\\$\\$\\$<yen>.html](http://www.contracts.com/usurious_perpetual_adhesive_overreaching/2001$$$$<yen>.html)>. This file (colloquially known as the "Gates from Hell Agreement") contains a hundred pages of boilerplate initially setting forth the text of Title 17, United States Code, in haec verba, but thereafter

Ainsi, l'Internet a contribué à polariser la tension entre protection et accès au contenu, soit entre les distributeurs de contenu, qui ont développé et utilisé des mesures technologiques et juridiques pour obtenir une protection maximale, et les utilisateurs, qui ont réagi à ce renforcement de ton (et de législation)²⁸³ en exigeant un plus large accès au contenu et en se prévalant du besoin de respecter tant le domaine public²⁸⁴ que la liberté d'expression²⁸⁵.

Sur le plan juridique, Internet offre de nombreux défis qui dépassent la question de l'équilibre à trouver entre la protection et l'accès au contenu ; les noms de domaines²⁸⁶ et le respect de la sphère privée - parmi d'autres sujets - constituent en effet d'autres questions brûlantes du droit de l'Internet. Cette multiplicité des domaines juridiques concernés - qui est naturellement susceptible de mener à des conflits entre eux²⁸⁷ - souligne les liens d'interdépendance existant entre les domaines juridiques et pousse à adopter une approche interdisciplinaire pour faire face aux enjeux juridiques de la société de l'information²⁸⁸.

Une telle approche devrait également être adoptée dans le cadre de l'examen des questions juridiques relatives à l'édition en ligne. Au-delà du droit d'auteur, il conviendra en effet également de considérer la protection conférée par le droit des contrats, le droit pénal, le droit de la concurrence déloyale ainsi que la protection juridique spécifique contre la neutralisation des mesures de protection des œuvres numériques, sans oublier le droit de la concurrence qui pourra, dans une certaine mesure, éliminer ou atténuer les conséquences négatives d'une situation de monopole sur un contenu numérique.

Dans ce cadre, il faut prendre conscience que même s'il est indéniable que le droit d'auteur jouera un rôle central dans la définition d'une politique de l'information (*information policy*)²⁸⁹, ceci ne doit pas faire oublier que d'autres intérêts juridiques sont aussi en jeu et sont donc également susceptibles de contribuer au débat²⁹⁰.

subject to innumerable accretions, modifications, and revisions designed to magnify the rights of proprietors."

²⁸³ Voir le mouvement de réaction contre le DMCA américain à <http://www.anti-dmca.org>.

²⁸⁴ Voir L. LESSIG, "The Future of Ideas : The Fate of the Commons in a Connected World", New York 2001 ; voir le projet "Copyright's Commons lancé par le Berkman Center for Internet & Society de Harvard Law School (*Copyright's Commons* étant défini comme "a coalition devoted to promoting a vibrant public domain") accessible à <http://cyber.law.harvard.edu/cc/> ; voir aussi le Center for the Public Domain à <http://www.centerpd.org/> et le projet <http://www.chillingeffects.org/>.

²⁸⁵ Voir le projet "Campaign for Audiovisual Free Expression" lancée par l'Electronic Frontier Foundation, <http://www EFF.org/cafe>.

²⁸⁶ Voir la contribution de PH. GILLIÉRON dans cet ouvrage.

²⁸⁷ Par exemple, la mise en œuvre de mesures techniques de protection des œuvres numériques (couplée avec l'introduction de mesures de "traquage" des œuvres sur Internet) peut entrer en conflit avec le droit à la sphère privée des utilisateurs des œuvres ; par conséquent, il peut être nécessaire que la réglementation sur la protection des mesures techniques réserve expressément la protection de la sphère privée, comme cela a été fait dans le DMCA américain, voir 17 U.S.C. § 1201 (i).

²⁸⁸ Pour un exemple, voir P. SAMUELSON, "Privacy as Intellectual Property ?", 52 Stan. L. Rev. 2000, p. 1125 ss (proposant de considérer le droit au respect de la sphère privée comme un nouveau droit de propriété intellectuelle).

²⁸⁹ TH. HEIDE, "Access Control and Innovation under the Emerging EU Electronic Commerce Framework", 15 Berkeley Tech. L. J. 2001, p. 993 ss, p. 1031 (notant que le droit d'auteur offre "the applicable set of property rights in the information").

²⁹⁰ Voir P. E. GELLER, "Conflicts of Law in Cyberspace", 20 Colum.-VLA J.L. & Arts 1996, p. 571 ss, p. 581 (argumentant que dans le cyberspace les tribunaux devront établir des principes de préférence pour réconcilier le droit d'auteur avec une hiérarchie d'autres valeurs comportant le respect de la sphère privée, les contrats et le droit de la concurrence) ; J. LITMAN, "Reforming

Ainsi a-t-on pu plaider pour que le droit d'auteur ne soit plus considéré comme un domaine séparé, mais qu'il soit au contraire traité comme une partie intégrante d'un droit de l'information²⁹¹.

Cette approche signifie ainsi que les enjeux du droit d'auteur dans la société de l'information, notamment le sort des exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique, doivent être analysés dans une perspective plus large, qui doit prendre en compte toutes les autres sources (juridiques et technologiques) de protection (p.ex. contrat) ou d'accès (p.ex. droit de la concurrence) au contenu considéré. Ainsi, il serait inutile de consacrer le caractère impératif de certaines exceptions au droit d'auteur dans le but de permettre un accès aux œuvres dans certaines circonstances, si ce même accès restait interdit en vertu d'autres réglementations pas spécifiques au droit d'auteur²⁹². D'ailleurs, l'impuissance du droit d'auteur sera inévitable, s'agissant de la question de l'accès à un contenu numérique qui ne serait pas protégé par le droit d'auteur, mais seulement par des mesures technologiques et contractuelles.

En allant même au-delà des questions juridiques, il ne faut pas oublier que les distributeurs de contenu en ligne pourraient ne pas être trop tentés d'imposer des conditions excessivement restrictives à leurs utilisateurs. En effet, dans un environnement potentiellement aussi compétitif qu'Internet qui permet une comparaison quasi - immédiate entre les fournisseurs de services, les distributeurs de contenu se devront d'attirer et de garder leurs clients en leur inspirant confiance s'ils entendent survivre²⁹³. A l'heure où les stratégies commerciales semblent s'orienter vers des systèmes d'abonnement (au détriment de modèles basés sur des sources de revenus plus variables comme la publicité), cet élément de confiance du consommateur ne devrait pas être sous-estimé²⁹⁴.

En outre, la nature décentralisée et, par conséquent largement incontrôlable d'Internet permettra aux consommateurs déçus non seulement d'élever la voix de manière collective contre des pratiques commerciales jugées abusives²⁹⁵, mais

Information Law in Copyright's Image, 22 Dayton L. Rev. 1997, p. 587 ss, p.590 ("copyright doctrine is ill-adapted to accommodate many of the important interests that inform our information policy. First Amendment, privacy, and distributional issues that copyright has treated only glancingly are central to any information policy"); voir aussi P. SAMUELSON, "Five Challenges for Regulating the Global Information Society", accessible à [www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/5challenges_feb22_v2\(final\).doc](http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/5challenges_feb22_v2(final).doc).

²⁹¹ Voir TH. HOEREN, (n. 138), p. 789 ("*Gerade im Urheberrecht, die Magna Charta des Informationsrechts, fehlt derzeit oft der Blick auf die Zusammenhänge, das Ganze, die Einbindung des Urheberrechts in das Informationsrechts, die Verknüpfung von Einzelregelungen zu grundrechtlichen und rechtstheoretischen Vorgaben*").

²⁹² Pour un exemple en droit de l'Union européenne (conflit entre la Directive Société de l'information (n. 90) et la directive sur l'accès conditionnel (n. 193)), voir J. DE WERRA, (n. 179), p. 175 ss.

²⁹³ Dans cette perspective, la concurrence entre les distributeurs pourrait suffire à protéger les consommateurs contre des conditions contractuelles excessives, voir *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.2d 1447 (7th Cir. 1996), p. 1453 ("*Competition among vendors, not judicial revision of a package's contents, is how consumers are protected in a market economy. [reference omitted]. ProCD has rivals, which may elect to compete by offering superior software, monthly updates, improved terms of use, lower prices, or at better compromise among these elements*").

²⁹⁴ Ce qui ne se limite pas au droit matériel, mais également aux modes de résolution des litiges, voir à ce propos F. M. R. WALTHER, "E-confidence in e-commerce durch Alternative Dispute Resolution", PJA 2001, p. 755 ss.

²⁹⁵ Voir la "Campaign for Digital Rights" lancée par des groupes de protection des consommateurs afin de lutter contre l'introduction de nouvelles mesures de protection techniques limitant les facultés d'utilisation des œuvres (p.ex. mesures anti-copies sur CDs), à <http://uk.eurorights.org> ;

surtout d'accéder à ce contenu par d'autres sources plus avantageuses, qu'elles soient d'ailleurs légales ou illégales²⁹⁶. En bref, les distributeurs ont un intérêt certain à adopter des solutions qui soient favorables aux consommateurs (*user friendly*), non seulement sur le plan technique (facilité d'accès, de consultation et de téléchargement), mais également sur le plan juridique. Dans cette mesure, on pourrait assister à un processus de standardisation progressive des contrats d'utilisation du contenu en ligne²⁹⁷, à l'image du processus de standardisation ayant lieu en matière technique²⁹⁸, qui contribuerait ainsi à la création d'une *lex mediatica* internationale²⁹⁹.

voir aussi le site <http://www.fatchucks.com/z3.cd.html> qui tient une liste des artistes ayant commercialisé un CD muni du dispositif anti-copie ; sur cette question, voir A. W. MATHEWS, "Antipiracy Tools In CDs Can Interfere With Playback", Wall St. J. 29 Novembre 2001, p. B1.

²⁹⁶ Bien évidemment, les distributeurs d'un contenu unique (sans produits de substitution) jouiront d'une position beaucoup plus forte, qui pourrait cependant, être remise en cause par une application du droit de la concurrence.

²⁹⁷ Pour une proposition, voir F. H. EASTERBROOK, "Cyberspace and the Law of the Horse", U Chi Legal F 1996, p. 207 ss, p. 213 ("A standards-setting organization could prescribe, say, twenty different copying rules--sets of permission and payment terms. There could be competing organizations, with their own standards. Each Internet server and client would understand these terms and carry out the negotiation automatically, remitting any payment to an agreed depository by secure methods").

²⁹⁸ Qui n'est d'ailleurs pas sans poser des problèmes juridiques, particulièrement sous l'angle du droit de la concurrence, voir M. A. LEMLEY, "Antitrust and the Internet Standardization Problem", 28 Conn. L. Rev. 1996, p. 1041 ss ; M. O'ROURKE, "Striking A Delicate Balance : Intellectual Property, Antitrust, Contract, and Standardization in the Computer Industry", 12 Harv. J. Law and Tech. 1998, p. 1 ss.

²⁹⁹ A. LUCAS, "Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux (document WIPO/PIL/01/11 prov.) (17 décembre 2000)", accessible à http://www.wipo.int/pil-forum/fr/documents/doc/pil_01_1.doc, p. 5 n. 13 ("*Personne ne conteste que la loi du contrat a un rôle important à jouer en matière de droit d'auteur et de droits voisins. On peut même prédire que ce rôle sera capital dans l'environnement numérique. Sans doute est-il excessif d'annoncer que la conjonction du contrat et des protections techniques rendra le droit exclusif inutile. Mais les vertus du contrat, particulièrement célébrées dans la tradition de common law, et à travers elle dans la tradition internationale, font naître l'espoir de voir se développer, en même temps que le commerce électronique, des usages conventionnels donnant naissance à une sorte de "lex mediatica", nouvel avatar de la lex mercatoria bien connue des internationalistes, et de nature comme elle à contourner la difficulté des conflits de lois ;*"); voir aussi J. C. GINSBURG, "The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change", 273 Recueil des Cours de l'Académie de droit International de la Haye 1998 (publié en 1999), p. 239 ss, p. 394 ss.