UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Thèse 2016

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Réseaux sociaux et mondes virtuels: contrat d'utilisation et aspects de propriété intellectuelle

Antreasyan, Sevan

How to cite

ANTREASYAN, Sevan. Réseaux sociaux et mondes virtuels: contrat d'utilisation et aspects de propriété intellectuelle. Doctoral Thesis, 2016. doi: 10.13097/archive-ouverte/unige:83548

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:83548
Publication DOI: 10.13097/archive-ouverte/unige:83548

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Réseaux sociaux et mondes virtuels

Contrat d'utilisation et aspects de propriété intellectuelle

Sevan Antreasyan

Thèse de Doctorat

Sous la direction du Professeur Jacques de Werra

(Références à jour au 10 mars 2015)

Faculté de droit de l'Université de Genève

Imprimatur No 911

Remerciements

A première vue, on pourrait penser que l'achèvement d'une thèse est le fruit d'un long travail solitaire de réflexion et de rédaction. Or, s'il est vrai que le chemin paraît parfois infini et qu'il est parcouru sans compagnon de route permanent, de nombreuses personnes ont contribué à améliorer la qualité scientifique de cette thèse et, de manière générale, ont rendu ce parcours plus agréable. Je souhaite ici remercier toutes ses personnes.

En premier lieu, mes remerciements vont à mon directeur de thèse Monsieur Jacques de Werra (Professeur et Vice-Recteur de l'Université de Genève) pour sa disponibilité, ses précieux conseils, son intérêt et la qualité de ses remarques et questions qui m'ont forcé à toujours pousser la réflexion un peu plus loin. Mon travail n'aurait pas été aussi abouti sans son soutien.

De par leurs questions et commentaires, les membres du jury m'ont également permis d'améliorer la qualité de ce travail. Je tiens ainsi à remercier vivement :

- M. Philippe Ducor (Avocat, Professeur à l'Université de Genève)
- M. Philippe Gilliéron (Avocat, Professeur à l'Université de Lausanne)
- M. Sylvain Marchand (Avocat, Professeur à l'Université de Genève)
- Mme Christine Chapuis (Doyenne de la Faculté de droit de l'Université de Genève)

Je remercie également mes collègues et amis de l'Université de Genève pour toutes les discussions intéressantes, qui m'ont servi à confronter mes idées (parfois originales), et pour avoir su par moment me donner la motivation nécessaire : Vaïk Müller, Michael Kottmann, Tanja Schmidt, Adrien Alberini, Mathieu Granges, Aude Peyrot, Laurent Tran, Mehdi Tedjani, Edouard Fromageau, Matthias Erhardt, Marion Paris, Carole-Anne Baud, Valérie Schaffer, Anne-Laure Bandle et Paul-Benoît Duvoisin.

Par ailleurs, sans le soutien et les encouragements de mes amis et de ma famille, ce travail n'aurait pu être achevé que dans la douleur. Je tiens ainsi à remercier en particulier Jaqueline Sommer, Dikran Antreasyan, Anaïs Antreasyan, Alphadjo et Roland Sako, David Lallemant, Noémi Michel et Mélanie Damani. *Last but not least, I want to thank my wife Mane Sargsyan for her patience and her unlimited support as well as her relevant inputs and precious advice.*

Enfin, je souhaite remercier trois institutions : l'Université de Genève, qui fournit des conditions de travail idéales pour la recherche et la rédaction d'une thèse de doctorat, le Fonds

national suisse de la recherche scientifique, pour avoir financé un séjour de recherche qui m'a permis d'aller confronter mes réflexions de juriste suisse au droit américain à la *UC Berkeley School of Law* ainsi que cette dernière qui, au-delà du climat (intellectuel) propice, offre un environnement de travail parfait.

A Mane et Malik

« *The ultimate question is:*
What should we make of this trend? »

Lastowka (2010), p. 195.

Table des matières

Bibliographie *i*

Table des abréviations *xvi*

Introduction **1**

Première partie – Partie générale **4**

Chapitre 1: Définitions relatives aux univers virtuels 6

A. Notion d'univers virtuel 6

1. Monde virtuel 7

i. Persistance 7

ii. Univers informatique 9

iii. Immersion de l'utilisateur par le biais de son avatar 10

iv. Interaction 11

2. Réseau social 11

B. Typologie des mondes virtuels 12

1. Mondes virtuels « fermés » 13

2. Mondes virtuels « ouverts » 14

C. Notion de contenu généré par les utilisateurs 15

1. En général 16

i. Contenu 16

a. Vidéo 16

b. Image 17

c. Son 18

d. Texte 18

ii. Généré par un utilisateur 18

2. Bien virtuel 19

i. Biens virtuels statiques 20

ii. Biens virtuels dynamiques ou logiciels virtuels 20

iii. Biens virtuels composés 21

D. Économie des univers virtuels 22
1. Modèle économique des opérateurs 22
2. Biens virtuels 22
E. Notions de marque « traditionnelle » et de signe « virtuel » 24
F. Acteurs des univers virtuels 25
1. Opérateurs 25
2. Utilisateurs 25
Chapitre 2: Aspect de droit international privé 27
A. Compétence des tribunaux 27
1. Litiges contractuels 28
i. En général 29
ii. Contrat conclu avec des consommateurs 30
2. Litiges de propriété intellectuelle 33
i. Concernant la violation d'un droit de propriété intellectuelle 34
a. Au domicile du défendeur 34
b. Au lieu de l'acte ou du résultat 34
c. Election de for 39
ii. Concernant la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle 40
B. Droit applicable 41
1. Litiges contractuels 42
i. En général 42
ii. Contrat conclu avec des consommateurs 43
2. Litiges de propriété intellectuelle 43
C. Synthèse 44

Deuxième partie – Contrat d'utilisation d'un univers virtuel 47

Chapitre 1: Objet du contrat 51
Chapitre 2: Obligations des parties 52
A. Obligations de l'opérateur 52
1. Accès à la plateforme et licence d'utilisation sur celle-ci 53
2. Disponibilité et maintenance de la plateforme et hébergement des contenus téléchargés et/ou publiés par les utilisateurs 54
3. Administration des données des utilisateurs 55
4. Contrôle du respect et mise en œuvre du contrat par les utilisateurs ? 55
i. Réglementation contractuelle 58
ii. Absence de réglementation contractuelle 59

B. Obligations de l'utilisateur 60
1. Paiement et/ou contreprestation 61
2. Respect des règles d'utilisation 61
i. Normes de comportement 62
ii. Règles du jeu 62
3. Informations personnelles d'identification correctes 64
4. Octroi d'une licence portant sur les droits liés au contenu généré par l'utilisateur 65
Chapitre 3: Formation du contrat 67
A. Parties au contrat et cas particulier des personnes morales et des personnes mineures 67
1. Personnes morales 68
i. Inscription par un employé agissant comme représentant 69
ii. Inscription par un organe de la personne morale 70
iii. Obligations de l'employé 71
2. Personnes mineures 74
B. Conclusion du contrat 76
1. Sources 76
2. Accord et manifestation des volontés 77
C. Forme et articulation du contrat 78
Chapitre 4: Qualification du contrat 81
A. Contrat de licence 83
B. Contrat ASP 84
C. Contrat *sui generis* d'utilisation d'un univers virtuel 85
Chapitre 5: Conditions générales 87
A. Notion 87
B. Intégration 89
1. Conditions 90
i. Accord des parties 90
ii. Absence de clauses insolites 91
iii. Lisibilité 92
2. Mise en œuvre pratique 94
C. Validité 95
1. Droit américain 96
i. Bragg v. Linden Research Inc. 96
ii. Evans et al. v. Linden Research Inc. 101

iii. Synthèse 102
2. Droit de l'Union européenne 103
i. Notion de consommateur 104
ii. Protection des consommateurs 106
a. Champ d'application personnel de la Directive 93/13 108
b. Champ d'application objectif de la Directive 93/13 108
1. Clause contraire à la bonne foi 109
2. Déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties 110
3. Appréciation du caractère abusif 111
4. Mise en œuvre de la protection dans l'affaire AOL 113
c. Révision du droit de la consommation 114
iii. Synthèse 116
3. Droit suisse 117
i. Ancien article 8 LCD 118
ii. Article 8 LCD actuel 119
a. Critère de la bonne foi 120
b. Disproportion notable entre les droits et obligations des parties 122
c. Contrat conclu avec un consommateur 123
d. Qualité pour agir et sanction 126
iii. Synthèse et proposition de lege ferenda 128
D. Clauses particulières 130
1. Sort de la propriété intellectuelle du contenu généré par les utilisateurs 130
i. Art. 27 al. 2 CC 131
a. Relatif à l'objet et à la portée du contrat 132
b. Relatif à la durée du contrat 133
ii. Art. 8 LCD 135
2. Clauses interdisant le transfert du compte-utilisateur sans accord préalable 136
3. Traitement des données personnelles des utilisateurs 136
i. Selon la loi 137
ii. Selon le contrat 140
4. Modification unilatérale du contrat 142
Chapitre 6: Fin du contrat 145
Chapitre 7: Synthèse de la deuxième partie 148

Troisième partie – Droit des marques **151**

Chapitre 1: Droit des marques dans les mondes virtuels 154
A. Qualification des biens virtuels au regard du droit des marques 155
1. Notion de produits 155
i. En général 156
a. Définition légale 156
b. Analyse empirique 157
ii. Biens virtuels statiques 158
iii. Biens virtuels dynamiques 158
iv. Définition souhaitable 159
2. Notion de services 160
i. En général 160
ii. Offre de service dans un monde virtuel 161
B. Enregistrement et protection d'un signe « virtuel » 161
1. But et fonction de la marque 162
2. Procédure de dépôt d'un signe « virtuel » à titre de marque 163
i. Qualité pour déposer une marque 164
ii. Liste des produits ou services auxquels la marque est destinée 165
a. Produits 166
1. Principe 167
2. Cas particuliers 171
b. Services 172
1. En relation avec l'offre de service dans un monde virtuel 173
2. En relation avec le commerce de biens virtuels 173
iii. Synthèse 175
3. Obligation d'usage 176
i. Usage en relation avec les produits ou services enregistrés 177
ii. Usage sous une forme ne divergeant pas essentiellement de la marque enregistrée 179
iii. Usage sérieux 179
iv. Usage en Suisse 181
4. Étendue de la protection de la marque virtuelle et cas particulier de la marque de haute renommée 184
5. Protection contre la violation de la marque virtuelle 185
C. Violation d'une marque « traditionnelle » dans un monde virtuel 186

1. Usage d'un signe 187
i. Usage commercial 188
ii. Usage comme signe distinctif 191
2. Identité/similarité des signes 192
3. Identité/similarité des produits ou services 193
i. Similarité entre produits 193
ii. Similarité entre produits et services 197
iii. Identité/similarité entre services 198
4. Risque de confusion 199
5. Cas particulier de la violation d'une marque de haute renommée 201
Chapitre 2: Cas particuliers de violation sur les réseaux sociaux 203
A. Notions 204
1. Nom d'utilisateur 204
2. URL post nom de domaine 204
3. Hashtag 205
4. Meta-tag 205
5. Keyword advertising 206
B. Nom d'utilisateur et URL post nom de domaine 206
1. Droit américain 206
2. Droit suisse 208
i. Nom de domaine 209
ii. URL post nom de domaine et nom d'utilisateur 209
a. Usage à titre de signe distinctif 210
b. Usage commercial 211
c. Similarité des produits ou services et risque de confusion 212
d. Pages de fans 212
e. Dénigrement 214
C. Hashtag 217
1. Situation juridique des meta-tags et du keyword advertising 218
i. Meta-tag 218
ii. Keyword advertising 219
2. Application par analogie aux hashtags ? 221
i. Utilisation libre 221
ii. Utilisation payante 222
D. Mécanisme privé de résolution des litiges 222
1. Facebook 223

2. Twitter 225
Chapitre 3: Responsabilité de l'opérateur 227
Chapitre 4: Synthèse de la troisième partie 228

Quatrième partie – Droit d'auteur 231

Chapitre 1: Généralités 234
Chapitre 2: Notions 236
A. Notion d'œuvre 236
1. Création de l'esprit 237
2. Domaine littéraire ou artistique 239
3. Caractère individuel 240
B. Univers virtuels en tant qu'œuvres 241
C. Contenu généré par les utilisateurs à l'aune de la définition d'œuvre 243
1. Texte 244
2. Image et vidéo 245
3. Son 247
4. Bien virtuel 248
D. Synthèse 250
Chapitre 3: Protection des œuvres dans un univers virtuel 251
A. Droit exclusif d'exploitation de l'œuvre 251
1. Droit de reproduction 253
2. Droit de distribution 255
3. Droit de mise à disposition 256
i. Mise à disposition en tant que telle 256
ii. Mise à disposition par le biais d'un lien et « framing » 257
4. Droit de diffusion et de retransmission 259
5. Droit de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition ou diffusées 261
B. Droit moral de l'auteur 262
1. Droit de paternité 263
2. Droit de divulgation 264
3. Droit à l'intégrité 266
4. Droit d'accès et protection contre la destruction 268
i. Exemplaire de l'œuvre 269
ii. Droit d'accès 271
iii. Protection en cas de destruction 273
C. Exceptions au droit d'auteur 275

1. Usage privé 278
i. En général 279
ii. Sur Internet 280
2. Parodies 283
3. Archive et copie de sécurité 284
4. Reproduction provisoire 285
D. Synthèse 286
Chapitre 4: Responsabilité de l'opérateur 289
A. Etats-Unis 289
B. Union européenne 293
C. Suisse 297
1. Responsabilité pénale 298
2. Responsabilité civile 299
i. Fondement de la responsabilité 300
ii. Actions défensives 301
iii. Actions réparatrices 302
3. Pistes *de lege ferenda* 303
Chapitre 5: Synthèse de la quatrième partie 306
Conclusion **309**
English Conclusions *315*

Bibliographie

ACELLO R., As Worlds Collide, *in:* ABA Journal, vol. 94, 2008, p. 64-65.

ALBERINI A. / GUILLET K., L'incidence du contenu du site Internet dans les litiges en matière de noms de domaine, sic! 2012 p. 305.

ALEMI F., An Avatar's Day in Court - A Proposal for Obtaining Relief and Resolving Disputes in Virtual World Games, *in:* UCLA Journal of Law and Technology, 2007, p. 1-117.

ANTREASYAN S. / SAKKAL I., Le "card sharing" en droit suisse, sic! 2013 p. 131.

ARMITAGE M. A., Virtual Trademark Infringement in a Virtual World? A U.K. Perspective, *in:* Landslide, vol. 1(4), 2009, p. 36-40.

AUF DER MAUR R. / STEINER T., Technologiegerechte Haftungsstandards für Online-Diensteanbieter, *in:* Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag éd.), Berne 2011, p. 413-426.

BALKIN J. M., Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds, *in:* Virginia Law Review, vol. 90(8), 2004, p. 2043-2098.

BARRELET D. / EGLOFF W., Le nouveau droit d'auteur, Zurich 2008.

BAUER C., Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Zurich 2010.

BEALE H. G., Unfair Contracts in Britain and Europe, *in:* Current Legal Problems (Rideout R. W. / Jowell J. éd.), London 1989,

BELL M. W., Toward a Definition of "Virtual Worlds", *in:* Journal of Virtual Worlds Research, vol. 1(1), 2008.
(http://journals.tdl.org/jvwr/article/viewFile/283/237)

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

BIEDERMAN C. J. / ANDREWS D., Applying Copyright Law to User Generated Content, *in:* Los Angeles Lawyer, mai 2008, p. 12-18.

BOND R., Business Trends in Virtual Worlds and Social Networks – An Overview of the Legal and Regulatory Issues Relating to Intellectual Property and Money Transactions, *in:* Entertainment Law Review, vol. 20(4), 2009, p. 121-128.

BOONK M. / LODDER A. R., Regulating Website Access for Automated Means Such as Search Bots and Agents: Property or Contract?, *in:* Global IP Summit Magazine, 2007. (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1079970)

BÖTTSCHER H., Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld, Berne 2013.

BRENNER S. W., Fantasy Crime: The Role of Criminal Law in Virtual Worlds, *in:* Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, vol. 11(1), 2008, p. 1-97.

BRICHACEK T., Some Remarks on the Proposal of Directive on Consumer Rights, *in:* Perspectives for European Consumer Law - Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond (Schulte-Nölke H. et al. éd.), Munich 2010, p. 97-98.

BROWN P., What You Need to Know About Virtual Worlds: Virtual Property, Advertising, and Intellectual Property, *in:* Practising Law Institute – Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series, 2008, p. 601-618.

BU Y., Die Schranken des Urheberrechts im Internet: eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen und chinesischen Urheberrechts, Berne 2004.

BUCHER A., Personnes physiques et protection de la personnalité, 5ème éd., Bâle 2009.

Bucher A. (éd.), Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Commentaire romand, Bâle 2011 (cité: CR LDIP-[AUTEUR] ou CR CL-[AUTEUR]).

BÜHLER G., Meta-Tags, Keywords und andere Mittel der Suchmaschinenoptimierung – eine Momentaufnahme aus immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, *in:* Internet-Recht und Electronic Commerce Law (Arter O. / Jörg F. S. éd.), Berne 2007, p. 43-69.

BÜHLER L., Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Fribourg 1999.

VON BÜREN R., Der Übergang von Immaterialgüterrecht, *in:* Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR I/1 Grundlagen (David L. / von Büren R. éd.), Bâle 2002, p. 247-292.

VON BÜREN R. / MEER M. A., Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2ème éd., Bâle 2006.

BÜRGE S., Online Gaming - Reale rechtliche Stolpersteine in virtuellen Welten, sic! 2006 p. 802.

DE BURGH R., Second Life and the Australian Open, *in:* The Licensing Journal, 2008, p. 16-19.
BURI U., Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names, Berne 2000.

BURTON R., Social media usernames and brand protection strategies, 23 avril 2013. (http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c549d5ce-218a-4867-ad53-8e604b99c8d0)

BUSER-GORA, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkher, Zurich 2012.

BUSSE R. / STARCK J., Warenzeichengesetz, Berlin 1990.

BÜYÜKSAGIS E., La bonne foi dans l'article 8 LCD : un remède à l'impuissance des consommateurs face aux clauses générales " soi-disant " négociées?, PJA 2012 p. 1393.

CARRUZZO P., Le contrat individuel de travail, Zurich 2009.

CHERPILLOD I., Droit des marques et Internet, sic! 1997 p. 121.

CHERPILLOD I., Violation des droits de propriété intellectuelle : complicité et instigation, *in:* Quelques facettes du droit de l'Internet, vol. 6, Neuchâtel 2005, p. 55-78.

CHERPILLOD I., Le droit suisse des marques, Lausanne 2007.

CHERPILLOD I., Geltungsbereich, *in:* Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR II/1 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (von Büren R. / David L. éd.), Bâle 2014, p. 14-57. (2014 I)

CHERPILLOD I., Schranken des Urheberrecht, *in:* Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR II/1 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (von Büren R. / David L. éd.), Bâle 2014, p. 254-314. (2014 II)

CHRISTIE A. F., Online Dispute Resolution – the Phenomenon of the UDRP, *in:* Research Handbook on Cross-Border Enforcement of Intellectual Property (Torremans P. éd.), Cheltenham (Royaume-Uni) 2015 (à paraître).
(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2433380)

CORREA C. M., Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Oxford 2007.

CURTIN T. J., The name game: Cybersquatting and trademark infringement on social media websites, *in:* Journal of Law and Policy, vol. 19(1), 2010, p. 353-396.

DAVID L., Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, Bâle 1999.

DAVIS L., Creation and protection of trade mark rights in "Second Life": Inadequacies in Australia's current law, *in:* Australian intellectual property journal, vol. 18(4), 2007, p. 183-200.

DE CARVALHO N. P., The TRIPS Regime of Trademarks and Designs, La Haye 2006.

DE MEYER J., International jurisdiction and conflict of law rules for consumer claims: a survey of European legislation, *in:* Revue européenne de droit de la consommation, 2005, p. 631-677.

DE MIGUEL ASENSIO P. A., Social Networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues, *in:* Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo (AIDA) 2011 (Ubertazzi L. C. éd.), 2012, p. 3-38.

DESSEMONTET F., Le droit d'auteur, Lausanne 1999.

DESSEMONTET F., La propriété intellectuelle et les contrats de licence, 2ème éd., Lausanne 2011.

DOUGHERTY C. / LASTOWKA G. F., Virtual Trademarks, *in:* Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, vol. 24, 2008, p. 749-828.

DURANSKE B. T., Virtual Law: Navigating the Legal Landscape of Virtual Worlds, Chicago 2008.

DUTOIT B., Droit international privé suisse : commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Bâle 2005.

EBERHARD S., LCD – Jurisprudence 1989-2001, Lausanne 2002.

EDWARDS L., Articles 12-15 ECD: ISP Liability – The Problem of Intermediary Service Provider Liability, *in:* The New Legal Framework for E-Commerce in Europe (Edwards L. éd.), Oxford 2005, p. 93-136.

ENGEL P., Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO, 2ème éd., Berne 1997.

EVANS B., Ownership of Intellectual Property in the Virtual World its real world effects and justification: focusing on UK / EC Trade Mark Law, 2008. (http://class46.blogspot.com/2008/11/european-trade-marks-in-virtual-world.html)

FAIRFIELD J. A. T., Virtual Property, *in:* Boston University Law Review, vol. 85, 2005, p. 1047-1102.

FAIRFIELD J. A. T., Anti-Social Contracts: The Contractual Governance of Virtual Worlds, *in:* McGill Law Journal, 2008, p. 427-476.

FAVRE-BULLE X., Le contrat électronique, *in:* Le contrat dans tous ses états (Bellanger F. / Chaix F. / Chappuis C. / Héritier Lachat A. éd.), Berne 2004, p. 175-206.

FÉRAL-SCHUHL C., Cyberdroit – Le droit à l'épreuve de l'Internet, 6ème éd., Paris 2011.

FEZER K.-H., Markenrecht, Munich 1997.

FHIMA I. S., Trade Marks and Free Speech, *in:* IIC 2013, p. 293-322.

FORNAGE A.-C., La mise en œuvre des droits du consommateur contractant – Etude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand, Berne 2011.

FORNAGE A.-C. / PICHONNAZ P., Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, RSJ 106/2010 p. 285.

FRECH P., Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Zurich 2009.

FRÖHLICH-BLEULER G., Softwareverträge, 2ème éd., Berne 2014.

GALBRAITH S. E., Second Life Strife: A Proposal for Resolution of In-World Fashion Dispute, *in:* Intellectual Property & Technology Forum, 2008.

GARCIA K., La définition du consommateur et la qualification des actions contractuelles et non contractuelles, *in:* Revue européenne de droit de la consommation, 2005, p. 617-630.

GASSER C., Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Berne 1997.

GERVAIS D., The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis, 3ème éd., Londres 2008.

GILLIÉRON P., Propriété intellectuelle et Internet, Lausanne 2003.

GILLIÉRON P., L'usage à titre de marque en droit suisse, sic! (édition spéciale) 2005 p. 101.

GILLIÉRON P., Le monde de l'audiovisuel à l'ère numérique: enjeux juridiques, sic! 2009 p. 755. (2009 I)

GILLIÉRON P., Publicité en ligne : des modèles aux enjeux juridiques, Medialex 2009 p. 3. (2009 II)

GILLIÉRON P., Les marques notoirement connues et les marques de haute renommée en droit suisse, *in:* Marques notoires et de haute renommée / Well- Known and Famous Trademarks (de Werra J. éd.), Zurich 2011, p. 56-73.

Gilliéron P. / de Werra J. (éd.), Commentaire romand du droit de la propriété intellectuelle, Bâle 2013. (cité : CRPI/[LOI]-[AUTEUR])

GIRSBERGER D. et al., Zürcher Kommentar zum IPRG, Zurich 2004. (cité : ZK IPRG-[AUTEUR])

GIULIANO M. / LAGARDE P., Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, *in:* Official Journal of the European Communities, No C 282/1, 1980. (http://aei.pitt.edu/1891/)

GLICKMAN L. / FINGERHUT J., User-Generated Content: Recent Developments in Canada and the U.S., *in:* Internet and E-Commerce Law in Canada, vol. 12(6), 2011, p. 49-76.

GOLDMAN E., Second Life Forum Selection Clause Upheld - Evans v. Linden, *in:* Technology & Marketing Law Blog, 2011. (http://blog.ericgoldman.org/archives/2011/02/second_life_for.htm)

HAIGHT G. L., United States: Trademark Enforcement, Trademark "Bullies" And Social Media, 5 décembre 2011. (http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=45ce48dc-ea5e-41bf-b63b-9ee76442c2a9)

HARDY C. C., Twitter's trademark problems: Is the anticybersquatting consumer protection act outdated?, *in:* The John Marshall Law School Review of Intellectual Property Law, 2011, p. 764-791.

HESS M. / RUCKSTUHL L., AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG : eine kritische Auslegeordnung, PJA 2012, p. 1188.

HILTY R. M., Lizenzvertragsrecht, Berne 2001.

HILTY R. M., Urheberrecht, Berne 2011.

HOEREN T., Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und WWW-Accounts nach dem Tode des Inhabers, *in:* Neue Juristische Wochenschrift, vol. 30, 2005, p. 2113-2117.

HOLZER S., Real Trademark Issues in Virtual Worlds, *in:* The Licensing Journal, mai-juin 2009, p. 26-32.

Honsell H. / Peter Vogt N. / Geiser T. (éd.), Zivilgesetzbuch, Basler Kommentar, 3ème éd., Bâle 2006. (cité : BaK ZGB-[AUTEUR])

Honsell H. / Vogt N. P. / Schnyder A. K. / Berti S. V. (éd.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3ème éd., Bâle 2013. (cité : BaK IPRG-[AUTEUR])

Honsell H. / Vogt N. P. / Wiegand W. (éd.), Obligationenrecht, Basler Kommentar, 5ème éd., Bâle 2011. (cité : BaK OR I-[AUTEUR])

HUNTER D. / LASTOWKA G. F., The Laws of the Virtual Worlds, *in:* California Law Review, vol. 92, 2004, p. 1-73.

HÜRLIMANN D., Suchmaschinenhaftung - Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internetsuchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrecht, Berne 2012.

JACCARD M., La conclusion de contrats par ordinateur : aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI), Berne 1996.

JACCARD M., Les contrats de fourniture de services d'application (Application Service Providing), *in:* Internet 2005 (Bagnoud R. / Dallèves L. éd.), Lausanne 2005, p. 151-180.

JACCARD M. / ROBERT V., Les contrats informatiques, *in:* La pratique contractuelle (Pichonnaz P. / Werro F. éd.), Genève 2009, p. 95-125.

JANKOWICH A., EULAw: The Complex Web of Corporate Rule-Making in Virtual Worlds, *in:* Boston University Journal of Science & Technology Law, vol. 8, 2006, p. 1-58.

JÖRG F. S., Application Service Providing-Vertrag, *in:* Internet-Recht und IT-Verträge (Arter O. éd.), Berne 2005, p. 285-326.

JÖRG F. S., Internet-Vertragsrecht: eine Bestandesaufnahme, *in:* Internet-Recht und Electronic Commerce Law (Arter O. / Jörg F. S. éd.), Berne 2007, p. 271-319.

Jung P. / Spitz P. (éd.), Bundesgesetz gegen den Unlauterer Wettbewerb (UWG), Berne 2010. (cité : SHK UWG-[AUTEUR])

JUNOD MOSER D., Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation, Genève 2001.

KELLER C., AGB von Social-Media-Plattformen, Medialex 2012 p. 188.

KELLER C., Community Management, fremde Markenbotschafter und Account Squatters: markenrechtliche Herausforderungen in Social Media, sic! 2013 p. 507.

KOTELNIKOV A., Trade Marks and Visual Replicas of Branded Merchandise in Virtual Worlds, *in:* Intellectual Property Quarterly, vol. 1, 2008, p. 110-131.

KUMMER M., Das urheberrechtlich schützbare Werk, Berne 1968.

KUONEN N., Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du phénix, SJ 2014 II p. 1.

LANDOLT K., Die Dienstleistungsmarke, Berne 1993.

LASTOWKA G. F., User-Generated Content and Virtual Worlds, *in:* Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, vol. 10, 2008, p. 893-917.

LASTOWKA G. F., Virtual Justice, New Haven 2010.

LASTOWKA G. F., Virtual Law, *in:* The Oxford Handbook of Virtuality (Grimshaw M. éd.), Oxford 2014, p. 481-495.

LEE E., Warming Up to User-Generated Content, *in:* University of Illinois Law Review, 2008, p. 1459-1548.

LEMLEY M. A., The Dubious Autonomy of Virtual Worlds, Working Paper Series, 2012. (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021521&download=yes)

LEMLEY M. A. / MENELL P. S. / MERGES R. P. / SAMUELSON P. / CARVER B. W., Software and Internet Law, 4ème éd., New York 2011.

LESSIG L., Free Culture: The Nature and Future of Creativity, New York 2005.

LESSIG L., Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy, New York 2009.

LEUENBERGER L., Quelles obligations pour les fournisseurs d'accès à Internet pour prévenir les violations de droits d'auteur ?, sic! 2014 p. 721.

LIATOWITSCH M. / MONDINI A., Jederzeitige Kündbarkeit von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz Zeit für eine Praxisänderung zu Art. 404 OR, PJA 2009, p. 294.

MARBACH E., Gleichartigkeit – ein markenrechtlicher Schlüsselbegriff ohne Konturen?, RDS 2001 I 255.

MARBACH E., Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR III/1 Markenrecht (von Büren R. / David L. éd.), 2ème éd., Bâle 2009.

MARCHAND S., Art. 8 LCD : un léger mieux sur le front des intempéries, HAVE/REAS 2011 p. 328.

MARCHAND S., Droit de la consommation – Le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Zurich 2012.

Marchand S. / Chappuis C. / Hirsch L. (éd.), Recueil de contrats commerciaux – Modèles commentés selon le droit suisse, Bâle 2013. (cité : Contrats Commerciaux [AUTEUR])

MARCUS T. D., Fostering Creativity In Virtual Worlds: Easing The Restrictiveness Of Copyright For User-Created Content, *in:* Journal of the Copyright Society of the U.S.A., vol. 55, 2008, p. 469-496.

MARTENET V. / HEINEMANN A., Droit de la concurrence, Zurich 2012.

Maurer-Lambrou U. / Vogt N. P. (éd.), Datenschutzgesetz, Basler Kommentar, 2ème éd., Bâle 2006. (cité : BaK DSG-[AUTEUR])

MAYER-SCHÖNBERGER V. / CROWLEY J., Napster's Second Life? : The Regulatory Challenges of Virtual Worlds, *in:* Northwestern University Law Review, vol. 100(4), 2005, p. 1774-1826.

MCCALLIG D., Facebook after death: an evolving policy in a social network, *in:* International Journal of Law and Information Technology, 2013, p. 1-34.

MEIER E., L'obligation d'usage en droit des marques, Zurich 2005.

MEIER P., Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2010.

MENN C., Internet und Markenschutz, Berne 2003.

MIJATOVIC I., Ein Werk erfüllt die Schutzvoraussetzungen, wenn es vogelig genug ist, sic! 2006 p. 435.

MOSTERT F. W. / SCHWIMMER M. B., Notice and Takedown for Trademarks, *in:* The Trademark Reporter, vol. 101, 2011, p. 249-281.

Müller B. K. / Oertli R. (éd.), Urheberrechtsgesetz (URG) : Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte : inkl. Revisionsbestimmungen, mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, US-Recht und Staatsverträge, 2ème éd., Berne 2012. (cité : SHK URG-[AUTEUR])

MÜLLER C., Contrats de droit suisse, Berne 2012.

NÄNNI M., Der Vertrag über die Nutzung virtueller Welten, *in:* Jusletter du 25 février 2008.

NÄNNI M., Märkte virtueller Welten: Rechtsnatur und Übertragung virtueller Güter, Zurich 2009.

NEBBIA P., Unfair Contract Terms, *in:* The Cambridge Companion to European Union Private Law (Twigg-Flesner C. éd.), Cambridge 2010, p. 216-228.

NEFF E. F. / ARN M., Urheberrecht im EDV-Bereich, Bâle 1998.

NETZLE S. / HAYER R., Chapter 8: Switzerland, *in:* E-Commerce Law in Europe and the USA (Spindler G. / Börner F. éd.), Berlin 2002, p. 559-621.

NIELSEN P. A., Art. 15-17, *in:* Brussels I Regulation (Magnus U. / Mankowski P. éd.), Munich 2007, p. 306-325.

Noth M. G. / Bühler G. / Thouvenin F. (éd.), Markenschutzgesetz (MSchG), Berne 2009. (cité : SHK MSchG-[AUTEUR])

NOVIER M., La propriété intellectuelle en droit international privé suisse, Genève 1996.

PATTERSON M. E. / MCDONALD R. D., The Copyright Modernization Act: Canada's new rights and rules, 2012.
(http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=20f89cc4-e048-46bc-8db2-8610d58cf45a)

PESOCHINSKY Z., Almost Famous: Preventing Username-Squatting on Social Networking Websites, *in:* Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, vol. 28, 2010, p. 223-254.

PICHONNAZ P., Vers un contrôle amélioré des conditions générales en droit suisse? : réflexions sur l'art. 20a CO de l'Avant-projet de la Loi sur le contrat d'assurance, *in:* Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier (Gauch P. / Werro F. / Pichonnaz P. éd.), Genève 2008, p. 377-396.

PICHONNAZ P., Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, DC 2012 p. 140.

Pichonnaz P. / Foëx B. (éd.), Code civil I, Commentaire romand, Bâle 2010. (cité : CR CC I-[AUTEUR])

PIEDELIÈVRE S., Droit de la consommation, Paris 2008.

PIHLAJARINNE T., Setting the limits for the implied license in copyright and linking discourse - the European perspective, *in:* IIC, vol. 43(6), 2012, p. 700-710.

PROBST T., Le contrat de licence, *in:* La pratique contractuelle 3 - Symposium en droit des contrats (Pichonnaz P. / Werro F. éd.), 2012, p. 105-128.

PROBST T., Der Lizenzvertrag: Grundlagen und Einzelfragen, Jusletter du 2 septembre 2013.

QUARMBY B., Pirates Among the Second Life Islands – Why You Should Monitor the Misuse of Your Intellectual Property in Online Virtual Worlds, *in:* Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, vol. 26, 2009, p. 667-694.

QUINN P. J., A Click Too Far: The Difficulty In Using Adhesive American Law License Agreements To Govern Global Virtual Worlds, *in:* Wisconsin International Law Journal, 2010, p. 757-789.

RAGNO F., The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation, *in:* Rome I Regulation - The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe (Ferrari F. / Leible S. éd.), Munich 2009, p. 129-170.

REHBINDER M. / UHLIG K.-P., URG: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte mit ausführenden Verordnungen, Nebengesetzen, zwischenstaatlichen Verträgen (insbesondere WIPO- und TRIPS-Abkommen, RBÜ und Rom-Abkommen), weiteren Materialien sovie Sachregister, Zurich 2008.

REICHMAN J. H. / DINWOODIE G. B. / SAMUELSON P., A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Fair Uses of Technically Protected Copyrighted Work, *in:* Berkeley Technology Law Journal, 2007, p. 981-1058.

RENOLD M.-A., Internet et le droit d'auteur, SJ 2002 II p. 83.

REUVENI E., On Virtual Worlds: Copyright and Contract Law at the Dawn of the Virtual Age, *in:* Indiana Law Journal, vol. 82, 2007, p. 261-308.

RIGAMONTI C. P., Urheberpersönlichkeitsrechte - Globalisierung und Dogmatik einer Rechtsfigur zwischen Urheber- und Persönlichkeitsrecht, Berne 2013.

RISCH M., Virtual Rule of Law, *in:* West Virginia Law Review, 2009, p. 1-52. (2009 I)

RISCH M., Virtual Third Parties, *in:* Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, vol. 25, 2009, p. 415-425. (2009 II)

RITCHIE L., #HASHTAGquestion: trade mark issues surrounding hashtags, 2012. (http://ipandit.practicallaw.com/7-522-0480#)

RIVARA I., Keyword advertising: développements récents au regard du droit des marques, PJA 2012 p. 1546.

ROHN P., Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach schweizerischem Recht, Zurich 2004.

ROSENTHAL D., Internet-Provider-Haftung: ein Sonderfall?, *in:* Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht (Jung P. éd.), Berne 2007, p. 147-204.

ROSENTHAL D., Défense contre les violations des droits (de la personnalité) commises par des tiers sur les réseaux sociaux : moyens à la disposition des particuliers, Texte rédigé en février 2013 sur mandat de l'Office fédéral de la communication, 2013.

RÜETSCHI D., Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 8 novembre 2004, dans la cause 4C.31/2004, sic! 2005 p. 200.

RYMASZEWSKI M. / AU W. J. / ONDREJKA C. / PLATEL R. / VAN GORDEN S. / CÉZANNE J. / CÉZANNE P., / BATSTONE-CUNNINGHAM B. / KROTOSKI A. / TROLLOP C. / ROSSIGNOL J., Second Life – The Official Guide, 2ème éd., Indianapolis 2008.

SALVADÉ V., Le droit d'auteur dans le nuage ou dans le brouillard ?, sic! 2012 p. 161.

SCHMID J., Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen, ZBJV 148/2012, p. 1.

SHAPIRO B., Trademark Arbitration: A First Rate Change for a Second Life Future, *in:* Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, vol. 8, 2009, p. 273-296.

SITES B. D. / PEELE C. A. / FAIRFIELD J. A. T., Chapter 1 – End-User License Agreements: The Private Law in Video Games and Virtual Worlds, *in:* Computer Games and Virtual Worlds: A New Frontier in Intellectual Property Law (Dannenberg R. A. / Mortinger S. / Christ R. / Scelsi C. / Alemi F. éd.), Chicago 2010, p. 5-46.

SMEDLEY T. J. / DANNENBERG R. A., Enforceability of Machine Patents in Virtual Worlds, *in:* Journal of Internet Law, vol. 13(7), 2010, p. 1-17.

SMITH A., Engage: trademark protection in social media, 4 novembre 2009, *in:* World Trademark Review, 2009.
(http://www.worldtrademarkreview.com/daily/detail.aspx?g=2f533ff5-62e5-48ed-b1fd-c7b3512199ec)

SPARROW A., The Law of Virtual Worlds and Internet Social Networks, Farnham 2010.

SPIRO K., Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, tome II, Berne 1975.

STRAUB W., Softwareschutz : Urheberrecht, Patentrecht, Open Source, Zurich 2011.

STUYCK J., Unfair Terms, *in:* Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (Howells G. / Schultze R. éd.), Munich 2009, p. 115-144.

TANG Z. S., Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws (Studies in Private International Law), Oxford 2009.

TERCIER P. / FAVRE P. G., Les contrats spéciaux, 4ème éd., Zurich 2009.

TERCIER P. / PICHONNAZ P., Le droit des obligations, 5ème éd., Zurich 2012.

Thévenoz L. / Werro F. (éd.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2ème éd., Bâle 2012. (cité : CR CO I-[AUTEUR])

THOMAS J. A., Fifteen Years of Fame: The Declining Relevance of Domain Names in the Enduring Conflict Between Trademark and Free Speech Rights, *in:* John Marshall Review of Intellectual Property Law, 2011, p. 1-57.

THOUVENIN F., Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter du 29 octobre 2012.

TRAN L., Le contrôle préventif des conditions générales de transport des compagnies aériennes suisses, *in:* Le droit décloisonné, interférences et interdépendances entre droit privé et droit public (Dunand J. P. / Mahon P. éd.), Genève 2009, p. 483-506.

TRUCHOT L., Art. 50 CE, *in:* Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne, 2ème éd. (Pingel I. éd.), Paris 2010.

UBERTAZZI B., Intellectual Property Rights and Exclusive (Subject Matter) Jurisdiction: Between Private and Public International Law, *in:* Marquette Intellectual Property Law Review, vol. 15, 2011, p. 357-448.

UBERTAZZI B., Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property, Tübigen 2012.

UNG M., Trademark Law and the Repercussions of Virtual Property, *in:* CommLaw Conspectus, vol. 17, 2009, p. 679-728.

VARAS C., Virtual Protection: Applying Trade Mark Law Within Virtual Worlds Such As Second Life, *in:* Entertainment Law Review, vol. 19(1), 2008, p. 5-11.

VERBIEST T. / SPINDLER G. / RICCI G. M. / VAN DER PERRE A., Study on the liability of Internet intermediaries, 12 novembre 2007, 2007. (http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf)

VERN M., Second Life - A New Dimension For Trademark Infringement, *in:* Journal of the Patent and Trademark Office Society, vol. 90, 2008, p. 51-57.

VIGNERON-MAGGIO-APRILE S., Le point sur les clauses abusives, *in:* Le droit de la consommation dans son contexte économique (Ojha L. / Vulliemin P.-F. éd.), Lausanne 2009, p. 101-132.

VOLTCHENKO M., *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier*: Federal District Court Applies the Berne Convention, United States and Russian Copyright Laws to Prevent Piracy in Mass Media, *in:* Boston College Intellectual Property and Technology Forum, 1998. (www.bc.edu/bc_org/avp/law/st_org/iptf/articles/content/1998042401.html)

WANG F. F., Response to Public Consultation on Procedures for Notifying and Acting on Illegal Content Hosted by Online Intermediaries, *in:* Intellectual Property Forum, 2012, p. 93-98.

WEBER R. H., E-Commerce und Recht: Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 1ère éd., Zurich 2001.

WEBER R. H., E-Commerce und Recht: Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2ème éd., Zurich 2010.

DE WERRA J., Le droit à l'intégrité de l'œuvre : étude du droit d'auteur suisse dans une perspective de droit comparé, Berne 1997.

DE WERRA J., Les contrats de niveau de service, *in:* Internet 2005 (Bagnoud R. / Dallèves L. éd.), Lausanne 2005, p. 109-148.

DE WERRA J., La mise en œuvre judiciaire de la protection des droits de propriété intellectuelle : réflexions prospectives sur les conditions des actions défensives en interdiction et en cessation, sic! (cahier spécial) 2008 p. 5.

DE WERRA J., Kunst und geistiges Eigentum, *in:* Kultur, Kunst, Recht – schweizerisches und internationales Recht (Mosimann P. / Renold M.-A. / Raschèr A. F. G. éd.), Bâle 2009, p. 439-521.

DE WERRA J., La marque : arme ou menace pour les créateurs?, SJ 2012 II p. 37.

WERRO F., La responsabilité civile, Berne 2005.

WERRO F. / SONNEY V., Les services internet et la responsabilité civile, Medialex 3/2008 p. 119.

WILD G., Das Wiener "Hundertwasser-Haus" und das Urheberrecht Zu einem Entscheid des österreichischen Obersten Gerichtshofs (OGH), BR 2004 p. 11.

WILLI C., MSchG : Markenschutzgesetz : Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zurich 2002.

WINN J. K. / WEBBER M., The Impact of EU Unfair Contract Terms Law On U.S. Business-To-Consumer Internet Merchants, *in:* Business Lawyer, vol. 62, 2006, p. 209-228.

XU H., Reframing Privacy 2.0 in Online Social Networks, *in:* Journal of Constituion Law, vol. 14(4), 2012, p. 1077-1102.

Table des abbréviations

9th Cir. Cal.	*United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*
ACPA	*Anticybersquatting Consumer Protection Act* (15 U.S.C. § 1125 (d))
ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1.C de l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce (RS 0.632.20)
AGUR12	Rapport final AGUR12 du 28 novembre 2013 (https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf)
Al.	Alinéa
Arrangement de Madrid	Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, révisé à Stockholm le 14 juillet 1967 (RS 0.232.112.3)
Arrangement de Nice	Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques révisé à Genève le 13 mai 1977 (RS 0.232.112.9)
Art.	Article
ASP	*Application Service Providing*
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BaK	*Basler Kommentar*
BGH	*Bundesgerichtshof* (Allemagne)
Blog	Terme anglais venant de l'expression « *web log* »
BPatG	*Bundespatentgericht* (Allemagne)
C.D. of Cal.	*United States District Court for the Central District of California*

C.T.L.R.	*Computer and Telecommunications Law Review*
Cal.	*Supreme Court of California*
Cal. App. 2d Dist.	*Court of Appeal of California, Second Appellate District*
CAPTCHA	*Completely Automated Public Turing test to tell Computers and Humans Apart* Il s'agit d'un outil anti-spam, utilisé typiquement lors de la création de comptes utilisateurs, qui permet de s'assurer qu'un être humain procède à l'inscription et non un ordinateur. L'utilisateur doit recopier un code chiffré ou lettré apparaissant sur une image brouillée à l'écran.
CB	Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Bruxelles le 26 juin 1948 (RS 0.231.13)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CD	*Compact Disc*
CD-Rom	*CD Read Only Memory*
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Ch.	Chiffre
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (anciennement CJCE : Cour de justice des communautés européennes)
CL	Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.12)
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (RS 220)
CoA	Court of Appeals
Communication CE sur le marché unique numérique	Communication de la Commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Un cadre cohérent pour renforcer la

	confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne du 11 janvier 2012, COM(2011) 942 final (http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:87375c7c-1bd0-445d-b251-60599af8c73b.0007.03/DOC_1&format=PDF)
Convention de Bruxelles	Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (précède le Règlement Bruxelles I)
CP	Code pénal suisse (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
CREPI	Commission de recours en matière de propriété intellectuelle (instance de recours suisse en matière d'opposition à l'enregistrement d'une marque jusqu'au 31.12.2006)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CUP	Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (RS 0.232.04)
DC	Droit de la construction
DCFR	*Draft Common Frame of Reference*
Directive 2000/31	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
Directive 2001/29	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
Directive 2004/48	Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle

Directive 2009/24	Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur
Directive 2011/83	Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil
Directive 85/577	Directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (JO L 372, p. 31)
Directive 93/13	Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs
Directive 95/46/CE	Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données
Directives en matière de marques	Directives en matière de marques de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle du 1er juillet 2014
Document d'orientation de la DG Justice	Document d'orientation de la DG Justice de juin 2014 concernant la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_fr.pdf)
DMCA	Digital Millenium Copyright Act du 28 octobre 1998, 17 U.S.C. §§ 512
DVD	*Digital Versatile Disc*
DVD-Rom	*DVD Read Only Memory*

E.g.	*Exempli gratia*
E.D.Penn.	*United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania*
Et al.	*Et alia*
Etc.	*Et caetera*
EULA	*End User Licence Agreement*
EWCH	*High Court of Justice of England and Wales*
FF	Feuille fédérale
FTC	*Federal Trade Commision*
HAVE/REAS	Revue suisse *Haftung & Versicherung*/Responsabilité & Assurance
HTML	*HyperText Markup Language*
I.e.	*Id est*
Ibid.	*Ibidem*
ICANN	*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*
ICC/CCI	*International Chamber of Commerce* (Chambre de commerce internationale)
IIC	*International Review of Intellectual Property and Competition Law*
IPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle (Suisse)
JdT	Journal des tribunaux
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JPO	*Japan Patent Office*
JTA	Loi japonaise sur les marques (*Japan Trademark Act*) n°27 du 13 avril 1959
LBI	Loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention (RS 232.14)

LCC	Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.1)
LDes	Loi fédérale du 5 octobre 2001 sur la protection des designs (RS 232.12)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
Lit.	*Litera*
LMDA	Loi sur la modernisation du droit d'auteur modifiant la Loi sur le droit d'auteur, Lois du Canada (2012), Chapitre 20, sanctionnée le 29 juin 2012, Projet de loi C-11 (http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/2012_ 20.pdf)
LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (RS 232.11)
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
Message LCD	Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 2 septembre 2009, FF 2009 5539
Message LCD 1983	Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 18 mai 1983, FF 1983 II 1037
Message LDA 1989	Message concernant la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 19 juin 1989, FF 1989 III 465
Message LDA 2006	Message concernant l'arrêté fédéral relatif à l'approbation de deux traités de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et concernant la modification de la loi sur le droit d'auteur du 10 mars 2006, FF 2006 3263

Message LDIP 1982	Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255
Message LDIP 2006	Message concernant la modification de la loi sur les brevets et l'arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution du 23 novembre 2005, FF 2006 1
Message LPM	Message concernant la loi sur la protection des marques et des indications de provenance du 21 novembre 1990, FF 1991 I 1
MMORPG	*Massively Multiplayer Online Role-Playing Game*
MP3	*MPEG-1 or MPEG-2 Audio Layer III.* Il s'agit d'un format de fichier audio.
MSchG	*Markenschutzgesetz* (cf. LPM)
N° de base	Depuis 1990, un « numéro de base » est attribué à chaque produit ou service figurant dans la liste alphabétique de la Classification de Nice. Ce numéro permet à l'utilisateur de trouver le produit ou le service équivalent dans la liste alphabétique des différentes versions linguistiques de la classification. (Classification de Nice, neuvième édition, p. vi, https://www.ige.ch/f/marke/documents/m12109f. pdf).
N.D. Cal.	*United States District Court for the Northern District of California*
OBLF	Ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (RS 221.213.11)
OHMI	Office de l'harmonisation dans le marché intérieur
OIP	Ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (RS 942.211)
OMPI/WIPO	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OPM	Ordonnance du 23 décembre 1992 sur la protection des marques (RS 232.111)

Par.	Paragraphe
PME	Petites et moyennes entreprises
Protocole de Madrid	Protocole du 27 juin 1989 relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (RS 0.232.112.4)
Rapport Médias Sociaux	Rapport du Conseil fédéral du 9 octobre 2013 « Cadre juridique pour les médias sociaux »
Recommandation de l'OMPI	Recommandation commune de l'OMPI du 3 octobre 2001 concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'Internet
Recommandation n° 2014-02	Recommandation de la Commission française des clauses abusives n° 2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux (http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm)
Recommandation sur le commerce électronique	Recommandation du 7 décembre 1999 de la Commission fédérale de la consommation au Conseil fédéral concernant le commerce électronique, modifiée le 14 février 2007
Règlement 207/2009	Règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire (version codifiée)
Règlement Rome I	Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)
Règlement Bruxelles I	Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale
Règlement Bruxelles I Révisé	Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique
RSJ	Revue suisse de jurisprudence

S.	Suivant(e)
SCC	*Supreme Court of Canada*
SCT	*WIPO Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications* / Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques de l'OMPI
S.D. Fla.	*Southern District of Florida*
SHK	*Stämpflis Handkommentar*
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SIMSA	*Swiss Internet Industry Association* (http://www.simsa.ch)
SIWR	*Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*
SJ	Semaine judiciaire
SLA	*Service Level Agreement*
SMS	*Short Message Service*
Ss	Suivant(e)s
Système de Madrid	Système de dépôt/enregistrement de marques internationales gouverné par l'Arrangement de Madrid et le Protocole de Madrid
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 30 mars 2010, JOUE C 83/47
ToS	*Terms of Service* ; utilisé dans cette thèse comme synonyme de conditions générales
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
U.K.H.L.	*United Kingdom House of Lords*
U.S.	*Supreme Court of the United States*

U.S.C.	*United States Code*
U.S.D.C.	*United States District Court*
UDRP	*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/policy)
UrhG	*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, (BGBl. I S. 3044)* (Loi allemande sur le droit d'auteur et les droits voisins)
URL	*Uniform resource locator* ; ou adresse Internet en français
USPTO	*United States Patent and Trademark Office*
Vol.	Volume
WAV	*Waveform Audio File Format*. Il s'agit d'un format de fichier audio.
WCT	Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur (RS 0.231.151)
WIPO/OMPI	*World Intellectual Property Organization*
WIPO Overview 2.0	*WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition* (http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/ ; 2011)
WPPT	Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (RS 0.231.171.1)
ZBJV	*Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* (Revue de la Société des juristes bernois)
ZK	*Zürcher Kommentar*

Introduction

1. Le *World Wide Web*, créé en 1992, a connu (et continue de connaître) un développement rapide. Ce « nouveau monde » qui ne faisait, à l'origine, l'objet d'aucune loi spécifique a progressivement été réglementé. Cependant, la technologie évoluant toujours plus vite que le droit, de nouveaux défis juridiques ne cessent de se présenter. Les mondes virtuels – tels que Second Life ou World of Warcraft, qui permettent à leurs utilisateurs de s'immerger dans un environnement simulé par ordinateur – et les réseaux sociaux – tels que Facebook ou Twitter, qui fournissent des outils de communication et de création et de partage de contenus – en représentent un des plus récents.

2. Les questions juridiques posées par ces nouveaux univers sont diverses et variées. Elles englobent presque tous les domaines du droit, mais plus particulièrement les droits de la personnalité et de la protection des données, le droit de la sécurité informatique ainsi que le droit contractuel et le droit de la propriété intellectuelle[1]. Ces deux derniers domaines seront analysés dans ce travail, plus précisément les questions ressortissant à la définition et à la validité des contrats d'utilisation d'un univers virtuel, au droit des marques et au droit d'auteur.

3. En effet, si ces univers sont virtuels, cela ne signifie pas qu'ils échappent à toutes réglementations ayant pour vocation de s'appliquer dans le « monde réel ». Les lois suisses pertinentes pour les domaines étudiés seront analysées sous le prisme de leur applicabilité – directement ou par analogie – à ces nouveaux environnements. Lorsque tel n'est pas le cas, des propositions visant à protéger au mieux les intérêts des parties en présence seront formulées, cas

[1] Ces préoccupations ressortent notamment du document de l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA): Rapport de l'ENISA.

échéant en s'inspirant d'ordres juridiques étrangers tels que les Etat-Unis et l'Union européenne.

4. La première partie de cette thèse définira les notions se rapportant aux univers virtuels dans la mesure où elles sont fondamentales pour (i) délimiter le champ d'étude de ce travail, (ii) donner un aperçu du fonctionnement et des acteurs des univers virtuels et (iii) fournir les outils nécessaires à la compréhension de l'analyse juridique. Par ailleurs, le droit international privé sera abordé pour justifier l'étude du droit matériel suisse en déterminant les cas dans lesquels il est susceptible de s'appliquer.

5. La deuxième partie portera sur le droit des contrats, notamment afin de décrire les obligations des parties et donner une définition juridique des contrats d'utilisation d'un univers virtuel. L'étude du droit contractuel est primordiale dans la mesure où, tous les utilisateurs d'univers virtuel étant liés par ce contrat avec l'opérateur, il représente la première source du droit applicable à cette relation. Comme les opérateurs des univers virtuels sont en majorité des entreprises américaines, il sera intéressant de constater dans quelle mesure leur contrat répond aux critères de validité du droit suisse, notamment sous l'angle du droit de la consommation.

6. Les troisième et quatrième parties analyseront le droit de la propriété intellectuelle dans le contexte des univers virtuels, respectivement le droit des marques[2] et le droit d'auteur. Ce choix est fondé sur l'importance pratique des nouvelles questions posées dans ces domaines, notamment dues à l'émergence d'un nouveau type de contenu publié sur Internet : le contenu généré par les utilisateurs. Les autres droits de la propriété intellectuelle, *i.e.* le droit des designs et le droit des brevets d'invention ont été laissés de côté pour la raison inverse : ils ne revêtent pas d'importance pratique dans ce contexte.

---

[2] Bien que susceptibles de protection par d'autres fondements juridiques (notamment le droit au nom, le droit des raisons de commerce et le droit de la concurrence déloyale), les signes distinctifs seront étudiés ici uniquement sous l'angle du droit des marques. En effet, ce travail se focalise sur le droit des contrats et les droits de la propriété intellectuelle au sens strict.

7. La partie sur le droit des marques abordera deux groupes de questions en fonction des deux types d'univers virtuels : les mondes virtuels et les réseaux sociaux. Dans le premier cas, les problèmes liés à la violation d'une marque par un signe qui est utilisé en relation avec un bien virtuel seront étudiés. En outre, une analyse approfondie des principes fondateurs de la LPM sera proposée pour déterminer dans quelles hypothèses cette loi est susceptible de s'appliquer afin de, notamment, permettre aux « marques virtuelles » de bénéficier de sa protection. Dans le deuxième cas, deux questions se posant en relation avec l'utilisation de marques sur les réseaux sociaux seront étudiées : l'utilisation d'une marque dans un nom d'utilisateur et/ou l'URL d'une page d'un réseau social et l'utilisation d'une marque dans un *hashtag*.

8. Enfin, la partie relative au droit d'auteur donnera une définition juridique des contenus générés par les utilisateurs – à la lumière de la notion d'œuvre définie dans la LDA – et examinera dans quelles hypothèses un droit exclusif est susceptible d'être violé, cas échéant le(s) quel(s). Les exceptions au droit d'auteur seront également discutées avec une attention particulière sur l'usage privé. Finalement, la responsabilité des opérateurs d'univers virtuels pour les violations du droit d'auteur[3] commises par des utilisateurs sera analysée.

[3] Il est à noter que la responsabilité des opérateurs pour la violation du droit des marques doit répondre aux mêmes conditions que celles applicables au droit d'auteur, raison pour laquelle cette question sera traitée dans le même chapitre.

Première partie

—

Partie générale

9. Avant de commencer l'analyse juridique des contrats d'utilisation d'un univers virtuel, du droit des marques et du droit d'auteur, il est nécessaire de définir quelques notions qui seront utilisées dans ce travail (Chapitre 1). De plus, une présentation des questions de compétence et de droit applicable sera proposée afin de déterminer dans quels cas les tribunaux suisses sont compétents pour connaître des litiges relatifs au droit des contrats ou de la propriété intellectuelle dans le contexte des univers virtuels, respectivement lorsque le droit suisse est applicable (Chapitre 2).

Chapitre 1: Définitions relatives aux univers virtuels

10. Ce travail touchant à des aspects techniques, il paraît judicieux, dans ce premier chapitre, de définir les termes et les concepts pertinents qui seront utilisés tout au long du travail. Ainsi sera présentée en premier lieu la notion d'univers virtuel (A) puis, dans un deuxième temps, les deux catégories principales de mondes virtuels : les mondes virtuels « fermés » et les mondes virtuels « ouverts » (B). Ensuite seront présentés les notions de contenu généré par des utilisateurs (C), d'économie des univers virtuels (D), de signe virtuel et de marque traditionnelle (E) et les différents acteurs des mondes virtuels (F).

A. Notion d'univers virtuel

11. Dans le cadre de ce travail, la notion d'univers virtuel regroupe les mondes virtuels et les réseaux sociaux. D'une part, cette construction sémantique permet de traiter les questions juridiques qui se posent de manière identique dans ces deux univers. D'autre part, elle permet de se concentrer sur un type spécifique d'univers virtuel lorsque cela se justifie du point de vue de l'analyse juridique[4]. À ce titre, le *Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications* de l'OMPI opère une distinction sémantique similaire[5].

---

[4] En effet, la caractéristique d'immersion des mondes virtuels, qui les distingue des réseaux sociaux (*infra*, N 26 ss et N 31 ss), comporte des effets juridiques dans certains domaines analysés dans ce travail, en particulier : en droit international privé (relativement au lieu de l'acte ou du résultat d'une violation d'un droit de propriété intellectuelle (*infra*, N 105 ss)) et en droit des marques (partie qui a été structurée de façon à traiter séparément les questions spécifiques relatives aux mondes virtuels (*infra*, N 432 ss) et aux réseaux sociaux (*infra*, N 577 ss).

[5] OMPI SCT/25/3, N 39.

12. Les mondes virtuels seront définis en premier lieu (1) avant de définir les réseaux sociaux (2).

1. Monde virtuel

13. Il n'existe pas de définition unique du terme « monde virtuel » (*virtual world*). Cette dernière est vague et imprécise. Par souci de clarté et afin de délimiter la portée de ce travail, il faut préciser que cette notion peut revêtir deux conceptions distinctes[6].

14. La première, qu'il convient de qualifier de monde virtuel au sens large, englobe l'intégralité du cyberespace[7] (ou cybermonde). Le Larousse (édition 2014) définit ces expressions synonymes en tant qu'« espace virtuel rassemblant la communauté des internautes et les ressources d'informations numériques accessibles à travers les réseaux d'ordinateurs ».

15. La seconde conception, qui fait l'objet de cette étude, porte quant à elle sur les mondes virtuels au sens étroit. Il n'en existe pas de définition uniforme dans la doctrine. Aussi, paraît-il judicieux de définir la notion de monde virtuel au sens étroit de façon pragmatique. Quatre critères permettent d'en saisir les contours.

16. Les mondes virtuels sont des univers persistants (*i*), soutenus par un système informatique (*ii*) mettant en relation des utilisateurs qui sont immergés par le biais de leur avatar[8] (*iii*) et qui interagissent[9] (*iv*).

i. Persistance

17. Les mondes virtuels se caractérisent en premier lieu par leur persistance (*persistence, Persistenz*)[10]. Cela signifie que l'existence de ces mondes virtuels est continue et indépendante de l'utilisateur.

---

6 BRENNER, p. 19, se réfère à « *the virtual world* » par opposition aux « *discrete virtual worlds* ».

7 NÄNNI (2009), p.17.

8 L'avatar est la représentation graphique de l'utilisateur dans le monde virtuel.

9 Voir également la définition de *« virtual environment »* (synonyme de *« virtual world »*), disponible sur http://dictionary.reference.com/browse/virtual+environment.

18. L'utilisateur fréquente un monde virtuel pendant un certain laps de temps par le biais de son avatar mais lorsqu'il se déconnecte du monde virtuel, ce dernier perdure et évolue de manière indépendante de l'utilisateur déconnecté. Chaque utilisateur a un impact sur l'état du monde virtuel auquel il participe. Ainsi, un monde virtuel ne constitue pas un jeu vidéo « classique » dans lequel on peut jouer une partie, l'interrompre ou la recommencer. Chaque action accomplie au sein du monde virtuel implique la réalisation de conséquences dues par exemple à la modification de l'état du monde virtuel par les faits et gestes de son avatar ou encore par la création et/ou la distribution de biens virtuels.

19. Les biens virtuels générés par les utilisateurs sont eux-mêmes persistants. Ainsi, un utilisateur qui entre en « possession » d'un bien virtuel ne le perdra pas lorsqu'il se déconnecte du monde virtuel. Les biens virtuels peuvent également être utilisés sans que leur créateur ne soit connecté au monde virtuel[11].

20. La limite entre le jeu vidéo « classique » auquel il est possible de jouer en ligne et les mondes virtuels est précisément tracée par le caractère persistant des mondes virtuels. Ces types de jeux en ligne permettent d'entamer différentes parties de relativement courte durée avec d'autres utilisateurs alors que le monde virtuel se poursuit en principe infiniment. Cette distinction n'a pas de portée juridique intrinsèque mais, pratiquement, on ne trouvera pas de biens virtuels dans un jeu vidéo « classique » du fait que l'état du jeu n'est modifié que l'instant d'une partie. L'environnement virtuel de ce type de jeu vidéo ne subsiste pas lorsque ses utilisateurs s'en déconnectent.

21. D'un point de vue technique, la persistance des mondes virtuels est rendue possible par le fait qu'ils fonctionnent selon l'architecture « *client-server* ». Le

---

[10] ALEMI, p. 9; BELL, p. 3 ; BÜRGE, p. 803 ; DURANSKE, p. 2 ; HUNTER/LASTOWKA, p. 5 s. ; NÄNNI (2008), p. 3 ; NÄNNI (2009), p. 8 s.

[11] C'est le cas dans *Second Life* par exemple. Cependant, la persistance et l'utilisation de biens virtuels peuvent être assujetties à des règles (fixées contractuellement) différentes selon le monde virtuel en présence.

« monde » est exécuté sur un serveur auquel se connectent les divers utilisateurs depuis leur ordinateur personnel[12].

ii. Univers informatique

22. Les mondes virtuels sont des univers dont le fonctionnement repose sur un système informatique[13], *i.e.* un logiciel ou un set d'applications mis à disposition des utilisateurs sur une plateforme informatique. Ces univers synthétiques peuvent être simples ou complexes, simulant la réalité[14] ou imaginant un monde surnaturel.

23. Ils existent sous différentes formes. Historiquement, les premiers d'entre eux, appelés MUD (*Multi-User Dungeons*), consistaient en des jeux de rôle en ligne basé sur une interface textuelle. Ils apparurent à la fin des années septante[15]. Ces jeux de rôles évoluèrent et se dotèrent d'une interface graphique en deux dimensions dans le courant des années quatre-vingt. La dernière forme de mondes virtuels prend place dans un univers graphique en trois dimensions[16]. A titre d'exemple, les mondes virtuels de ce type les plus répandus aujourd'hui sont *World of Warcraft*[17], *Entropia Universe*[18] ou *Second Life*[19].

24. D'un point de vue technique, l'accès aux mondes virtuels s'opère généralement grâce à un logiciel que chaque utilisateur doit télécharger et installer sur son ordinateur. Ce logiciel se connecte au serveur central lorsqu'il est lancé sur l'ordinateur personnel d'un utilisateur. Il agit en tant qu'interface permettant d'accéder au monde virtuel, *i.e.* le visualiser et y interagir. Ce système est comparable à celui d'Internet dans lequel l'utilisateur utilise un logiciel pour visualiser des documents qui sont stockés sur un serveur distant.

---

12 BRENNER, p. 23.

13 BELL, p. 3 ; DURANSKE, p. 2 ; NÄNNI (2009), p. 7.

14 Pour de plus amples informations techniques, voir SMEDLEY/DANNENBERG, p. 8 s.

15 BROWN, p. 605 ; MARCUS, p. 472 ; NÄNNI (2009), p. 3.

16 Pour de plus amples informations concernant l'évolution des différents types de mondes virtuels, se référer à BRENNER, p. 19 ss et BROWN, p. 601 ss.

17 http://www.worldofwarcraft.com.

18 http://www.entropiauniverse.com.

19 http://secondlife.com/.

25. Par souci de simplicité – et grâce à l'évolution technologique des logiciels de navigation sur Internet – il existe également des mondes virtuels qui ne nécessitent pas le téléchargement d'un logiciel dédié et auxquels il est possible d'accéder directement par le biais d'une page Internet[20]. Ces derniers sont considérés comme mondes virtuels au même titre que ceux dont l'utilisation nécessite un logiciel spécifique.

iii. Immersion de l'utilisateur par le biais de son avatar

26. L'avatar est la représentation graphique de l'utilisateur au sein du monde virtuel[21]. Il lui permet notamment de communiquer avec les autres avatars et d'accomplir diverses actions en contrôlant ses faits et gestes. Les avatars peuvent revêtir différentes formes selon la volonté de l'utilisateur et/ou du monde virtuel en question. Certains façonnent leur avatar à leur image, d'autres choisissent des traits d'animal ou encore de personnage fantastique.

27. Cette caractéristique propre aux mondes virtuels exclut les réseaux sociaux de cette définition car dans ce dernier type d'environnement l'utilisateur agit directement[22], soit sous sa propre identité (qui est une obligation contractuelle des réseaux sociaux[23]) soit sous un pseudonyme. Dans un monde virtuel, l'utilisateur n'est perçu qu'à travers son avatar[24], soit à travers un alter ego. Pour éviter que soient confondus l'utilisateur et son avatar, certains mondes virtuels – à l'instar de Second Life – ne permettent aux utilisateurs de choisir qu'une partie du nom de leur avatar[25].

28. L'immersion de l'utilisateur au sein du monde virtuel confère au bien virtuel une dimension plus proche de la réalité. Il peut utiliser ce bien virtuel

---

20 Voir par exemple Vivaty (http://www.vivaty.com/).

21 BELL, p. 3 ; DE BURGH, p. 16 ; DURANSKE, p. 2 ; HUNTER/LASTOWKA, p. 6 décrivent les avatars en tant que « representational proxies ».

22 BELL. p. 3; *contra* NÄNNI qui considère qu'il ne s'agit pas d'un critère décisif (NÄNNI (2009), p. 11) et qui n'exclut pas les réseaux sociaux (notamment Facebook) de la notion de monde virtuel (NÄNNI (2008), note 4).

23 Voir *infra*, N 179 ss.

24 HUNTER/LASTOWKA, p. 6.

25 Voir https://join.secondlife.com/index.php?lang=fr-FR.

(référant) de façon analogue à son pendant réel (référé). Par exemple, les vêtements virtuels d'un avatar rempliront certaines des fonctions des vêtements réels, soit notamment le fait de refléter la personnalité et de protéger la pudeur de celui qui les porte. En revanche, sans immersion, il est difficile de concevoir pareille interaction entre l'utilisateur et des biens virtuels.

29. Cette distinction est semblable à celle que l'on pourrait envisager, dans le monde réel, entre un objet et sa reproduction photographique.

iv. Interaction

30. Le dernier critère qui permet de cerner la notion de monde virtuel est celui de l'interaction entre les utilisateurs par le biais de leurs avatars respectifs[26]. Elle suppose que les mondes virtuels soient peuplés par de nombreux utilisateurs[27]. Cette caractéristique sociale favorise notamment les échanges et le commerce de biens virtuels.

2. Réseau social

31. Un réseau social se distingue d'un monde virtuel par l'absence d'immersion de l'utilisateur[28]. En effet, les utilisateurs ne sont pas plongés dans un monde virtuel, mais l'utilisent – en principe sous leur propre identité – comme une plateforme de communication. Partant, la relation entre les utilisateurs et le contenu qu'ils génèrent sur la plateforme n'est pas de même nature[29].

32. En revanche, les autres critères de définition relatifs aux mondes virtuels – *i.e.* la persistance[30], l'univers informatique (notamment que les réseaux sociaux

---

26 DURANSKE, p. 2 ; HUNTER/LASTOWKA, p. 3 ; NÄNNI (2009), p. 10.

27 ALEMI, n. 21; BRENNER, p. 23 ; NÄNNI (2009), p. 10.

28 *Supra*, N 27.

29 *Supra*, N 28. Il est possible de trouver des biens virtuels dans les réseaux sociaux, mais cela reste une exception.

30 *Supra*, N 17 ss.

consistent en un logiciel ou un set d'applications)[31] et l'interaction[32] – s'appliquent aux réseaux sociaux[33].

33. Les types de communication et d'applications mis à disposition des utilisateurs peuvent être spécifiques (*e.g.* YouTube[34], MySpace[35] ou LinkedIn[36]) ou généraux (*e.g.* Facebook[37] ou Twitter[38]).

B. Typologie des mondes virtuels

34. Il existe différents types de monde virtuel parmi lesquels il est possible de distinguer deux tendances. D'une part, les jeux de rôle en ligne, ou MMORPG selon l'acronyme anglais majoritairement utilisé dans la doctrine (1), et les mondes virtuels (ouverts) à caractère social d'autre part (2). Cette distinction n'est pas consacrée dans la littérature[39]. Certains auteurs abordent les mondes virtuels en tant que bloc uniforme[40], d'autres les classent dans plusieurs groupes mais selon des critères différents que ceux retenus dans cette analyse[41].

35. La justification de la distinction qui a été adoptée dans ce travail est essentiellement pragmatique. En effet, les questions juridiques susceptibles de se poser en droit suisse sont différentes selon la catégorie qui est analysée. Les MMORPGs poseront plus de questions en relation avec le droit contractuel (du fait que la possibilité pour les utilisateurs d'y créer du contenu est généralement limitée) tandis que les mondes virtuels à caractère social

---

31 *Supra*, N 22 ss.

32 *Supra*, N 30.

33 Voir également DE MIGUEL ASENSIO, p. 3.

34 www.youtube.com.

35 www.myspace.com.

36 www.linkedin.com.

37 www.facebook.com.

38 www.twitter.com.

39 Elle est tout de même suivie par BRENNER, p. 19 ss et DE BURGH, p. 16.

40 ACELLO, p. 64 s. ; BOONK/LODDER, p. 1 ss ; QUARMBY, p. 668 ss.

41 DURANSKE, p. 4 ss ; DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 757 ss ; EVANS, p. 4 s.

poseront davantage de problèmes en matière de droit de la propriété intellectuelle (dans la mesure où les utilisateurs ont la faculté d'y créer du contenu).

1. Mondes virtuels « fermés »

36. Un monde virtuel « fermé » est généré par la société qui l'opère. Les utilisateurs évoluent dans un environnement façonné par cette société. Par conséquent, ils ne disposent pas d'une grande liberté de création. En règle générale, les mondes virtuels fermés empêchent les utilisateurs d'importer des choses (virtuelles) dans le monde virtuel, restreignant ainsi leur liberté d'action. L'utilisateur bénéficie tout au plus d'une liberté de transformation. Dans un tel contexte, le risque d'atteinte, par un utilisateur, à un droit de propriété intellectuelle appartenant à un tiers sera minime. Cela pourrait néanmoins être le cas si, par exemple, un utilisateur utilise un signe protégé en relation avec le nom ou l'apparence de son avatar[42]. Des litiges opposant un titulaire de droit sur une marque et l'hébergeur d'un monde virtuel fermé sont également susceptibles de survenir, soit pour une violation directe causée par ce dernier soit pour sa responsabilité en tant que fournisseur[43].

37. Il existe différentes catégories de mondes virtuels fermés, la principale étant les MMORPGs. Ils se distinguent des autres mondes virtuels par leur caractère ludique. Ils comportent des buts prédéfinis par l'éditeur du jeu que les joueurs doivent atteindre pour obtenir des récompenses. Celles-ci peuvent prendre la forme de biens virtuels octroyant à leur possesseur des pouvoirs supplémentaires. Il est à noter que ce genre de jeu n'a pas réellement de fin,

---

42 À ce propos, voir *Marvel Enterprises, Inc., et al. v. NCSoft Corporation, et al.*, Case No. CV 04-9253-RGK (PLAx) (U.S.D.C. for the Central District of California 2005), dans laquelle *Marvel* reprochait à *NCSoft* de mettre à disposition des utilisateurs, dans le MMORPG *City of Heroes*, des outils permettant de personnaliser leur avatar. Marvel arguait que certains de ses droits avaient été violés par la création d'avatars à l'effigie de personnages pour lesquels *Marvel* était titulaire de droits d'auteur ou de marques.

43 Voir par exemple l'affaire *E.S.S. Entm't 2000, Inc. v. Rock Star Videos, Inc.,* 444 F. Supp. 2d 1012 (U.S.D.C. for the Central District of California 2006) qui, bien qu'elle ne concerne pas l'utilisation sans autorisation d'une marque dans un monde virtuel mais dans un jeu video, fait appel à des principes qui pourraient s'appliquer *mutatis mutandis* dans un monde virtuel.

probablement parce que les revenus des éditeurs de MMORPGs sont basés en majeure partie sur les abonnements payés par les utilisateurs. Les MMORPGs sont également très populaires. A titre d'exemple, *World of Warcraft* comptait 7.6 millions d'utilisateurs à la fin de l'année 2013[44].

2. Mondes virtuels « ouverts »

38. Ce type de monde, également appelé monde civique[45] ou *metaverse*[46], est organisé comme une société civile. *Second Life*[47] en est un exemple notoire. Les utilisateurs peuvent y travailler, conclure des contrats[48], se divertir ou simplement interagir socialement comme dans le monde réel. La liberté d'action est un aspect prépondérant de ce type de mondes virtuels (par opposition avec la catégorie précédente qui est caractérisée par l'aspect prédéfini/cadré par l'opérateur du monde virtuel).

39. Les mondes virtuels « ouverts » sont les premiers visés par ce travail car ils sont (potentiellement) la source de nombreux problèmes juridiques. Ceci est dû au fait que les utilisateurs de ces mondes virtuels bénéficient d'une liberté de création plus étendue que dans les mondes virtuels « fermés ». Ceci leur permet notamment de créer ou de distribuer des biens virtuels. La terminologie anglo-saxonne utilisée par DOUGHERTY & LASTOWKA pour désigner les mondes virtuels « ouverts » – *user-generated worlds*[49] – rend compte du fait que le contenu de ce type de monde virtuel est (principalement)

---

44 http://www.statista.com/statistics/276601/number-of-world-of-warcraft-subscribers-by-quarter/.

45 Rapport de l'ENISA, p. 61.

46 DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 758, note 33 ; GALBRAITH, p. 5 s. ; KOTELNIKOV, p. 110, note 3 ; NÄNNI (2009), p. 15.

47 *Second Life* est un monde virtuel ouvert hébergé par la société californienne *Linden Lab*. Ce monde virtuel a comme particularité qu'il est essentiellement créé par ses utilisateurs (*user-created*), Linden Lab se limitant à offrir des outils de développement et à vendre des « parcelles » dans ce monde virtuel. Ceux-ci sont encouragés à concevoir des biens virtuels car les conditions d'utilisations (Terms of Service) de *Second Life* prévoient que les utilisateurs sont propriétaires des droits de propriété intellectuelle en relation avec ces créations.

48 Ces relations contractuelles entre utilisateurs ne seront pas analysées dans le cadre de ce travail dans la mesure où la partie traitant des aspects contractuels se concentrent sur la relation verticale entre les utilisateurs et l'opérateur de l'univers virtuel..

49 DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 768.

créé (ou généré) par les utilisateurs. L'expression, plus générale, *« user-generated content »* (contenu généré par les utilisateurs) est une caractéristique qui n'est pas propre aux mondes virtuels. En effet, dans le cadre de réseaux sociaux ou de sites internet de partage de vidéos par exemple, le contenu est également généré par les utilisateurs.

40. Un monde virtuel ouvert est ainsi peuplé par des *utilisateurs-créateurs*. Ceci soulève la question de la responsabilité des hébergeurs de mondes virtuels lorsqu'un de ses utilisateurs contrevient à une obligation contractuelle ou légale.

C. Notion de contenu généré par les utilisateurs

41. Cette expression est traduite littéralement de la formule consacrée de l'anglais « *User Generated Content* »[50]. Il va sans dire que ce n'est pas une notion juridique[51]. Cependant, il sera fait référence à cette notion dans les chapitres suivants de cette thèse dans le cadre de l'analyse des différents droits examinés. Il existe différents types de contenus générés par les utilisateurs, lesquels conduisent à des conséquences juridiques distinctes. Il est donc opportun de définir cette notion et d'en distinguer les différents types.

42. Dans un premier temps, une définition générale sera présentée (1) avant de se pencher plus spécifiquement sur un type particulier, plus complexe, de contenu généré par les utilisateurs : les biens virtuels (2).

---

50 Voir par exemple les références à cette expression dans les contributions suivantes (tantôt se rapportant aux univers virtuels en général, tantôt spécifiquement aux mondes virtuels) : BAUER ; BIEDERMAN/ANDREWS ; MARCUS ; LASTOWKA (2008) ; LEE.

51 BAUER, p. 3.

1. En général

43. De l'expression « contenu généré par les utilisateurs », on peut tirer deux éléments qu'il est nécessaire de définir pour la comprendre : l'objet en question est un contenu (*i*) qui doit être généré par un utilisateur (*ii*)[52].

i. Contenu

44. La notion de contenu doit être comprise au sens large : il s'agit d'une forme particulière d'information susceptible d'être présentée à un public[53]. Aucun seuil de créativité ne doit être franchi pour qu'une telle information soit considérée comme un contenu. Entrent dans cette catégorie, les vidéos (*a*), images (*b*), musiques (*c*) et toutes informations présentées sous la forme écrite (*d*)[54].

45. La notion d'œuvre au sens du droit d'auteur fait écho à cette définition du contenu. Il est cependant important de noter qu'il ne paraît pas propice à ce stade d'y renvoyer dans la mesure où le contenu est défini ici de manière potentiellement plus large et qu'il ne saurait être compris uniquement dans le cadre relativement restreint du droit d'auteur[55].

a. Vidéo

46. Comprise de manière large, la notion de vidéo est une séquence d'images, incluant du son ou non, sans égard à sa qualité ou sa créativité. Toutes les vidéos téléchargées sur YouTube[56] par exemple sont comprises dans cette

---

52 Voir notamment GLICKMAN/FINGERHUT, p. 49.

53 LASTOWKA (2008), p. 895.

54 BAUER, p. 6 ss ; LASTOWKA (2008), p. 895.

55 La question de savoir à quelles conditions le contenu généré par les utilisateurs est protégeable en application de la loi sur le droit d'auteur sera examinée *infra*, N 685 ss. Par ailleurs, la notion d'œuvre au sens du droit d'auteur – qui requiert qu'elle soit le fruit d'une création de l'esprit de l'auteur, ait un caractère individuel et soit comprise dans le domaine littéraire et artistique – sera définie aux N 666 ss.

56 http://www.youtube.com.

définition[57], qu'il s'agisse d'un court métrage à haute valeur créative ou d'une simple vidéo de chat.

47. Ce type de contenu est en pleine croissance et pourrait bientôt représenter 90% du trafic sur Internet[58]. À l'heure actuelle, si l'on se réfère à la plateforme de partage de vidéos la plus populaire (YouTube), environ 100 heures de vidéos y sont téléchargées chaque minute et 6 milliards d'heures de vidéos y sont regardées chaque mois[59].

b. Image

48. La notion d'image doit également être comprise au sens large. Il s'agit d'une photo, d'un dessin ou d'un graphique créé sur un ordinateur[60], peut importe sa finalité (partage de photos sur un réseau social[61], image représentant un avatar, image illustrant un article publié sur un blog, etc.).

49. Une image est composée de deux dimensions. Elle apparaît ainsi plate à l'écran et ne constitue pas la représentation tridimensionnelle d'un objet qui pourrait être virtuellement manipulé. Cet aspect délimite la notion d'image du bien virtuel[62]. Ainsi, on peut trouver des images dans les réseaux sociaux ainsi que dans les mondes virtuels mais les biens virtuels sont typiques des mondes virtuels, puisque ces derniers sont des simulations d'environnements tridimensionnels alors que les réseaux sociaux sont en principe constitués d'une interface « plane ».

---

57 GLICKMAN/FINGERHUT, p. 49.

58 Le trafic sur Internet correspond à l'analyse des données téléchargées (*upload* et *download*) par les utilisateurs d'Internet. Source de la statistique : http://www.reelseo.com/90-percent-of-all-web-traffic-will-be-video/.

59 http://www.youtube.com/t/press_statistics.

60 BAUER, p. 7.

61 GLICKMAN/FINGERHUT, p. 49.

62 *Infra*, N 57 ss.

50. Le partage d'images est encore plus populaire que celui des vidéos. À titre d'exemple, il se télécharge en moyenne plus de 300 millions de photos chaque jour sur Facebook[63].

c. Son

51. Suivant la même logique que pour les deux précédents types de contenu généré par les utilisateurs, la notion de « son » doit être comprise au sens large. Elle inclut ainsi la musique et tout autre élément sonore (*e.g.* bruitage).

d. Texte

52. Avant que la technologie de l'Internet ne se développe, l'expression écrite est le premier mode de communication sur Internet. Les univers virtuels n'en sont pas une exception. À titre d'exemple, le premier monde virtuel était entièrement basé sur du texte[64].

53. Aujourd'hui, bien que l'information circule sous de nombreuses formes, le texte revêt toujours une grande importance. De manière pratique, un contenu généré par un utilisateur sous forme de texte peut consister par exemple en : la publication d'un « statut » ou d'un commentaire sur Facebook ou Twitter[65], ou la diffusion de texte au sein d'un monde virtuel, qu'il s'agisse d'un article publié dans un journal virtuel ou d'une conversation entre deux utilisateurs.

ii. Généré par un utilisateur

54. Cette expression pourrait en réalité être scindée en deux. Elle comprend un aspect technologique (généré) et un aspect subjectif (par un utilisateur).

55. Le terme « généré » est préféré ici au verbe « créer » pour éviter un rapprochement à la notion de création du droit d'auteur, d'autant plus que le

---

63 https://developers.facebook.com/blog/post/2012/07/17/capturing-growth--photo-apps-and-open-graph/.

64 *Supra*, N 23.

65 Afin de ce rendre compte de l'importance quantitative : 400 millions de « *tweets* » en moyenne sont publiés chaque jour (http://socialmediatoday.com/jonathan-bernstein/1894441/social-media-stats-facts-2013).

processus créatif du contenu généré par les utilisateurs peut être tout à fait minime.

56. L'aspect subjectif est défini par le lien contractuel existant entre deux parties[66] : c'est l'utilisateur (ou consommateur) de la plateforme qui est visé. LASTOWKA rapproche le terme « utilisateur » de « consommateur » et la distingue de la notion d'artiste qui invoque un caractère professionnel, sans pour autant exclure cette dernière catégorie du cercle des utilisateurs[67]. Ainsi, la notion d'utilisateur inclut potentiellement le public en général. Dans le cadre de Facebook par exemple, chaque utilisateur est potentiellement un générateur de contenu[68].

2. Bien virtuel

57. Un bien virtuel (*virtual good*) est un ensemble de données (code informatique) qui génère un élément graphique numérique[69]. Dans Second Life par exemple, les utilisateurs créent des biens virtuels à l'aide de formes géométriques primitives (appelées « *prims* ») et des textures, ce à quoi peuvent s'ajouter des scripts (écrits dans le langage propre à Second Life, le *Linden Scripting Language*) qui permettent d'associer des actions et des aspects interactifs aux biens virtuels[70].

58. Ceux-ci sont généralement stockés sur les serveurs de l'opérateur du monde virtuel[71]. L'utilisateur ne possède donc pas matériellement le bien virtuel. Il ne dispose que du droit d'y accéder. Techniquement, le compte de l'utilisateur contient les informations nécessaires pour que le système informatique mis en

---

66 LASTOWKA (2008), p. 898.

67 LASTOWKA (2008), p. 898 ss.

68 Il est à noter dans ce contexte que Facebook comptait 1,15 milliard d'utilisateurs fin 2013 (http://socialmediatoday.com/jonathan-bernstein/1894441/social-media-stats-facts-2013).

69 BÜRGE, p. 804 ; DAVIS, p. 190 ; FAIRFIELD (2005), p. 1063 ; NÄNNI (2009), p. 34.

70 Pour plus d'informations, consulter RYMASZEWSKI/AU/ONDREJKA/PLATEL/VAN GORDEN/CÉZANNE/CÉZANNE, /BATSTONE-CUNNINGHAM/KROTOSKI/TROLLOP/ROSSIGNOL, p. 144 ss et p. 178 ss.

71 C'est notamment le cas de *Second Life* pour lequel les biens virtuels sont stockés sur les serveurs de Linden Lab en Californie, NÄNNI (2009), p. 36.

place par l'opérateur « affiche » ses biens virtuels[72] au sein du logiciel client ou du navigateur Internet (en fonction du mode d'accès au monde virtuel).

59. Il existe différentes sortes de biens virtuels. Une typologie est proposée ci-après.

i. Biens virtuels statiques

60. Les biens virtuels statiques consistent en une « simple » image, par opposition aux biens virtuels dynamiques qui comportent un élément de programmation informatique (*e.g.* une animation). Ainsi, ils ne sont composés que de pixels, à l'instar d'une photographie numérique. Ce type de biens virtuels n'est pas intrinsèquement animé. En revanche, il peut être actionné par l'intervention de l'utilisateur ou d'un logiciel virtuel[73].

61. Ces biens virtuels statiques sont souvent (mais pas exclusivement) des représentations virtuelles d'objets réels (*visual replicas*[74]) comme, par exemple, du mobilier, des vêtements ou encore des accessoires de mode.

62. Les avatars doivent également être considérés comme des biens virtuels statiques en ce qu'ils constituent la représentation numérique (et a priori statique) de l'utilisateur.

ii. Biens virtuels dynamiques ou logiciels virtuels

63. Les biens virtuels dynamiques consistent en (ou comportent) un élément de programmation informatique. Il s'agira par exemple d'un code informatique qui, lorsqu'il est exécuté sur un avatar, lui fera exécuter certaines actions (*e.g.* un pas de danse).

64. Ils sont comparables aux macros[75] dans la mesure où ils consistent en l'ajout d'une fonctionnalité à un logiciel hôte (*i.e.* le monde virtuel).

---

72 NÄNNI (2009), p. 34 ss.

73 *Infra* N 65.

74 KOTELNIKOV, p. 115. Il est à noter qu'un bien virtuel peut exister en dehors d'un monde virtuel tel que défini précédemment, p.ex. sur le réseau social *Facebook* (NÄNNI (2008), N 5).

65. Lorsque le bien virtuel dynamique est uniqement constitué d'un élément de programmation on s'y référera en tant que « logiciels virtuels »[76]. En effet, ce type de bien virtuel se rapproche de la notion de programme d'ordinateur (ou logiciel), qui « est considéré comme une méthode de calcul ou de traitement de l'information »[77]. C'est le cas par exemple d'animations qui peuvent être appliquées à des biens virtuels statiques[78] (mais qui n'y sont pas incorporées initialement, auquel cas il s'agirait de biens virtuels composés).

iii. Biens virtuels composés

66. Lorsque l'élément de programmation est associé à un bien virtuel statique, on se référera au bien virtuel en résultant (de manière temporaire où indéfinie) en tant que bien virtuel composé. C'est par exemple le cas des biens virtuels SEXGEN[79] – notamment une reproduction graphique (*i.e.* bien virtuel statique) d'un lit qui permet de l'utiliser pour simuler (*i.e.* élément de programmation) des relations sexuelles entre avatars – créés et distribués par Eros LLC dans Second Life[80]. Dans cet exemple, le lit constitue un bien virtuel dynamique (puisque l'élément de programmation y est rattaché) ; en revanche, lorsqu'il est utilisé par un avatar, il devient un bien virtuel composé, *i.e.* la conjonction d'un bien virtuel dynamique (le lit) et de deux biens virtuels statiques (les avatars).

---

75 Il s'agit de « mini logiciels » qui permettent d'automatiser certaines fonctions d'un logiciel ou dans créer de nouvelles en utilisant des outils mis à disposition par le logiciel hôte. L'utilisation de macros est répandue dans la suite Microsoft Office, notamment dans Microsoft Excel.

76 Cette distinction est importante dans la mesure où ces logiciels virtuels connaîtront un sort différent lors de l'évaluation de la similarité entre produits (*infra*, N 569 ss) ou dans le cadre de l'enregistrement d'un signe servant à les distinguer (*infra*, N 492 ss).

77 GILLIERON (2003), p. 433; voir également le message du CF concernant la LDA (Message LDA 1989, p. 507) qui définissait le logiciel (programme d'ordinateur) « comme un procédé destiné à exécuter certaines tâches (programmes algorithmiques) »; voir aussi la définition similaire du Larousse (édition 2014): « Ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données ».

78 Voir par exemple les articles vendus sous la catégorie « animations » du site Xstreet SL (https://www.xstreetsl.com/modules.php?name=Marketplace&CategoryID=24).

79 Marque américaine n° 3483253.

80 Voir le mémoire de demande déposé le 15 septembre 2009 par Eros, LLC dans l'affaire *Eros, LLC v. Linden Research, Inc.*, n. 47 ss (http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2009/09/linden.pdf).

D. Économie des univers virtuels

67. Le modèle économique des opérateurs sera présenté (1) avant de discuter la valeur que peuvent représenter les biens virtuels et le marché qu'ils créent pour les utilisateurs de mondes virtuels (2).

1. Modèle économique des opérateurs

68. Il n'existe pas un seul modèle économique qui s'applique aux univers virtuels. Cependant deux tendances peuvent être identifiées :

69. Le premier modèle repose sur la gratuité de l'accès et l'utilisation de la plateforme, pour attirer le plus grand nombre d'utilisateurs, et en obtenant un revenu de tiers ou par du contenu supplémentaire offert au sein de l'univers virtuel à titre onéreux. Les réseaux sociaux utilisent les données personnelles des utilisateurs pour en retirer un revenu auprès d'annonceurs (tiers) qui utilisent ces données pour cibler les consommateurs potentiellement intéressés par leurs produits ou services. Par ailleurs, Second Life connaît un modèle atypique : l'accès et l'utilisation de la plateforme sont offerts à titre gratuit, l'opérateur tirant un revenu de la vente exclusive de « parcelles virtuelles » aux utilisateurs.

70. Un autre modèle, plus traditionnel, consiste en une offre payante (sous la forme d'un abonnement mensuel) de l'accès et de l'utilisation de la plateforme. Ce modèle est utilisé pour le monde virtuel World of Warcraft.

2. Biens virtuels

71. Dans les mondes virtuels qui permettent le transfert[81] de biens virtuels, à l'instar de Second Life, ces derniers peuvent avoir une valeur économique et faire l'objet de transactions. Le commerce de biens virtuels peut ainsi être

[81] Il faut comprendre le terme « permettent » au sens technique : les biens virtuels pouvant effectivement être transférés d'un utilisateur à l'autre (au sein du monde virtuel ou en dehors de celui-ci) sont susceptibles d'avoir une valeur commerciale, et ce que le transfert soit autorisé par l'opérateur ou non (voir *infra*, N 73).

profitable. À ce propos, DURANSKE rapporte qu'en 2007 plus de mille utilisateurs de Second Life obtenaient un revenu mensuel supérieur à USD 1000.–[82]. Plus récemment, il a été rapporté qu'un utilisateur de Diablo III s'est procuré un bénéfice de plus de USD 10'000.– en quelques semaines en « vendant » des biens virtuels acquis en jouant[83].

72. Ce marché est en développement à l'échelle mondiale[84].

73. Certains opérateurs permettent aux utilisateurs de faire le commerce de biens virtuels au sein de leur monde virtuel mais également sur des sites Internet spécialisés[85].

74. La plupart des mondes virtuels ouverts utilisent leur propre devise – ou monnaie virtuelle – qui a une valeur commerciale (par exemple le Linden Dollar (LD) dans le cas de *Second Life* qui peut être échangée contre des francs suisses au taux de CHF 1.– contre LD 173.16[86] ou le *Project Entropia Dollar* (PED) du monde virtuel *Entropia Universe* qui peut être échangé à un taux fixe de USD 1.– contre PED 10.–[87]). Ces mondes virtuels peuvent s'avérer profitables pour leurs utilisateurs. À titre d'exemple, Ailin Graef (Anshe Chung sur *Second Life*) a été la première personne à devenir millionnaire (en dollars américains) uniquement grâce à des transactions effectuées dans *Second Life*[88]. Par ailleurs, le record du prix maximum de vente d'un bien virtuel a été atteint en décembre 2009 lors de la vente pour un montant de USD 330'000.-

---

82 DURANSKE, p. 248.

83 http://www.gamepolitics.com/2012/08/07/diablo-iii-player-claims-10k-profit-real-money-auction-house#.UL1U0aVpteg.

84 http://www.reuters.com/article/2013/06/14/research-and-markets-idUSnBw145194a+100+BSW20130614 qui cite le rapport « *Global Virtual Goods Market 2012-2016* » de TechNavio (http://www.researchandmarkets.com/research/nkncnb/global_virtual) selon lequel le marché des biens virtuels progressera de 12.5% sur la période 2012-2016.

85 Voir par exemple le site *Xstreet SL* (http://www.xstreetsl.com) qui propose à la vente des biens virtuels destinés à être utilisés dans *Second Life*.

86 Par exemple sur la plateforme d'échange suivante: http://www.crossworldsxchange.com/buy_lindens.htm.

87 https://account.entropiauniverse.com/account/deposits/.

88 DURANSKE, p. 160.

d'une station spatiale (le « Crystal Palace ») qui se trouve dans le monde virtuel Entropia Universe[89].

E. Notions de marque « traditionnelle » et de signe « virtuel »

75. La terminologie adoptée a pour but d'identifier l'origine du signe utilisé. En effet, les adjectifs « traditionnel » et « virtuel » ne servent pas dans ce contexte à qualifier la nature de la marque ou du signe en question mais donnent une indication quant à l'origine de celle-ci/celui-ci.

76. Ainsi, la marque « traditionnelle »[90] est un signe distinctif qui bénéficie d'une protection légale – soit qu'il est enregistré dans un registre de marques national, régional ou international, soit que le fondement de cette protection est prévu par une loi ou une convention (*e.g.* la marque notoire) – et qui a ainsi son origine dans le monde réel. Le signe « virtuel »[91] quant à lui trouve son origine dans un monde virtuel[92] ; il ne bénéficie ainsi pas (encore) d'une protection légale[93].

77. Différentes questions se posent par rapport aux marques traditionnelles et aux signes virtuels, notamment : cette dernière catégorie de signe peut-elle être protégée (enregistrée) à titre de marque en droit suisse[94] ? Une marque traditionnelle peut-elle être violée par un signe virtuel, et inversement[95] ?

---

89 http://mashable.com/2009/12/31/crystal-palace-space-station-sale/.

90 Cette terminologie est utilisée notamment par DOUGHERTY & LASTOWKA (« *traditional mark* »), DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 776.

91 Ce terme est également utilisé par l'OMPI, SCT/24/4, N 41.

92 DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 776 s. ; cette terminologie peut paraître artificielle mais elle possède l'avantage de simplifier la référence à ces différents types de marques.

93 L'une des problématiques qui sera analysée dans la partie sur le droit des marques porte en particulier sur l'enregistrement des signes virtuels en tant que marque (*infra*, N 460 ss).

94 *Infra*, N 460 ss.

95 *Infra*, N 535 ss et N 532 ss.

F. Acteurs des univers virtuels

78. Deux groupes d'acteurs sont directement impliqués dans l'activité des univers virtuels : les opérateurs (1) et les utilisateurs (2). Par ailleurs, ce travail analysera également la situation des titulaires de droit de marque ou de droit d'auteur, qui ne sont pas nécessairement des utilisateurs ou des opérateurs.

1. Opérateurs

79. Les opérateurs des univers virtuels sont en principe des personnes morales. Ils hébergent les univers virtuels sur leurs serveurs et en autorisent l'accès aux utilisateurs par le biais d'un contrat standard auquel l'utilisateur doit adhérer avant d'obtenir l'accès.

80. Les opérateurs d'univers virtuels sont des fournisseurs de service Internet[96]. Dans la mesure où ils hébergent et mettent à disposition des contenus qui sont majoritairement créés par les utilisateurs, ils appartiennent à la catégorie des fournisseurs de contenus[97]. L'enjeu principal de ce rattachement tient au régime de responsabilité qui est applicable aux opérateurs lorsque des utilisateurs de leur plateforme violent le droit d'un tiers[98].

2. Utilisateurs

81. Les utilisateurs des univers virtuels sont en principe des personnes physiques[99]. Ils ont accepté les conditions générales d'utilisation préalablement

---

96 Voir notamment BOND, p. 125 ; GLICKMAN/FINGERHUT, p. 54 ; LASTOWKA (2010), p. 177 ; VERBIEST/SPINDLER/RICCI/VAN DER PERRE, p. 103. La jurisprudence américaine a également eu l'occasion de constater la qualité de fournisseurs d'hébergement, selon le DMCA, notamment dans l'affaire *UMG v. Veoh*, 665 F. Supp. 2d 1099 (U.S.D.C. for the Central District of California 2009).

97 WERRO/SONNEY, p. 120.

98 Voir *infra*, N 811 ss.

99 Voir cependant *infra*, N 190 ss, pour les cas où des personnes morales sont utilisatrices des univers virtuels.

à leur première connexion et sont donc en principe liés par celles-ci (sous réserve du respect des conditions légales et jurisprudentielles)[100].

82. Les utilisateurs des mondes virtuels peuvent également être titulaires de droit de propriété intellectuelle, notamment sur le contenu qu'ils ont généré[101].

[100] Ces aspects seront traités plus en détail dans la deuxième partie de la thèse consacrée au droit contractuel des mondes virtuels, *infra*, N 138 ss.

[101] Voir *infra*, N 707 ss, pour une discussion des droits d'auteur des utilisateurs d'univers virtuels.

Chapitre 2: Aspect de droit international privé

83. Cette thèse se concentre sur les aspects de droit contractuel – en particulier le contrat d'utilisation d'un univers virtuel conclu entre l'opérateur et les utilisateurs[102] – et de droit de la propriété intellectuelle en droit suisse. Cependant, le contexte international d'Internet, et par extension des univers virtuels, commande de présenter brièvement les règles de conflits de compétences (A) et de lois (B)[103] afin de déterminer dans quels cas les tribunaux suisses sont compétents, respectivement le droit suisse est applicable[104].

84. Les opérateurs des univers virtuels sont des sociétés privées. Les plus importants d'entre eux ont leur siège aux Etats-Unis et imposent les tribunaux et le droit américain (Californien dans la plupart des cas) dans leurs conditions générales[105]. Cependant, cela n'empêche pas l'application des règles impératives du droit international privé suisse qui prévoient dans certains cas des fors impératifs (*e.g.* dans les actions en contrefaçon de droits de la propriété intellectuelle et le for du domicile du consommateur) et l'application impérative du droit suisse (*e.g.* dans les litiges avec un consommateur domicilié en Suisse).

A. Compétence des tribunaux

85. En matière civile et commerciale – incluant les aspects de droit des contrats et du droit de la propriété intellectuelle – les sources qui s'appliquent en Suisse

---

102 *Infra*, N 138 ss.

103 L'analyse des questions de droit international privé traitées dans ce chapitre est ainsi succincte et strictement limitée aux objets discutés ci-après dans ce travail.

104 L'objectif n'est cependant pas de conduire une analyse approfondie de ce sujet, laquelle dépasserait le cadre de cette étude.

105 C'est le cas notamment de Facebook, Twitter et Second Life.

sont la Convention de Lugano (CL) et la loi sur le droit international privé (LDIP). La Convention de Lugano s'applique dans les situations internationales lorsque le défendeur est domicilié[106] dans un État lié par la Convention[107]. Dans les cas où le demandeur est domicilié en Suisse et le défendeur est domicilié dans un État qui n'est pas lié par la Convention de Lugano (notamment les Etats-Unis) ou que la protection d'un droit de propriété intellectuelle suisse est invoquée, la LDIP est applicable[108].

86. Ce chapitre présentera les règles spécifiques, en matière de compétence des tribunaux suisses, qui sont applicables en droit des contrats (1) et en droit de la propriété intellectuelle (2) en prenant soin de préciser lorsque ces fors sont impératifs[109].

1. Litiges contractuels

87. Le scénario envisagé dans ce chapitre est celui du litige entre l'opérateur d'un univers virtuel et l'un de ses utilisateurs, que celui-ci agisse dans le cadre d'une activité lucrative ou en tant que consommateur, typiquement une prétention d'un utilisateur à l'encontre de l'opérateur pour une fermeture supposée abusive de son compte-utilisateur et/ou une utilisation de ses données personnelles qui excède l'autorisation contractuelle[110].

88. Les règles générales concernant le for en matière contractuelle seront présentées en premier lieu (*i*). Ensuite, seront exposées les règles spécifiques aux contrats conclus avec les consommateurs (*ii*).

---

106 Voir notamment l'art. 15 al. 2 CL pour lequel une succursale suffit à créer un rattachement avec un État membre de la convention.

107 Celle-ci a été ratifiée par l'Union européenne, la Suisse, le Danemark, l'Islande et la Norvège (Annexe IX CL).

108 Voir notamment CRPI/LDIP-DUCOR, intro ch. 8 N 5.

109 *I.e.* lorsqu'il ne peut y être dérogé par convention.

110 A ce titre, il sied de relever qu'une telle violation constitue également une atteinte illicite à la personnalité ; pour une présentation des règles de compétence y relatives, voir MEIER P., N 1848 ss.

i. En général

89. L'art. 2 LDIP et l'art. 2 ch. 1 CL posent le principe applicable en matière de compétence : le for est situé au domicile du défendeur. En vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties à un contrat ou à un litige peuvent – sauf exceptions[111] – élire la juridiction compétente pour régler leurs différends (art. 5 LDIP et art. 23 CL).

90. En matière contractuelle, le for se situe en principe, à l'instar de la règle générale de l'art. 2 LDIP, au domicile ou au siège du défendeur[112].

91. De plus, un for subsidiaire est prévu au lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat[113]. Lorsque le contrat est exécuté sur Internet sans qu'un fichier soit téléchargé vers l'ordinateur du client, le lieu d'exécution de la prestation caractéristique est difficilement localisable et l'art. 113 LDIP et l'art. 5 ch. 1 CL ne devraient pas s'appliquer[114].

92. Lorsque le contrat élit un for, les tribunaux de ce dernier seront exclusivement[115] compétents pour connaître des litiges contractuels entre l'opérateur et des utilisateurs qui ne sont pas considérés comme des consommateurs. De plus, l'élection de for est également susceptible de s'appliquer lorsque le litige entre un utilisateur et l'opérateur porte sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle[116].

---

111 Les exceptions qui prohibent la prorogation de for seront examinées *infra* N 93 ss et N 119 ss.

112 Art. 112-113 LDIP et art. 2 ch. 1 CL.

113 Art. 113 LDIP et art. 5 ch. 1 CL ; sur la prestation caractéristique, voir *infra*, N 146 ss.

114 CR/LDIP-BONOMI, art. 113 N 28 ; CR/CL-BONOMI, art. 5 N 97. DUTOIT propose, en guise de mesure de sauvegarde, d'établir un for de substitution au lieu de résidence du destinataire (DUTOIT, art. 113 N 6bis), *i.e.* le lieu de résidence de l'utilisateur (demandeur) en l'espèce.

115 L'art. 5 al. 1 *in fine* LDIP dispose que, sauf stipulation contraire, le for élu par les parties est exclusif. L'art. 23 ch. 1 *in fine* CL établit le même principe. Les contrats d'utilisation d'un univers virtuel prévoient généralement de manière explicite que le for est exclusif (voir notamment : art. 16.1 Facebook ToS ; art. 12.B Twitter ToS ; art. 10.2 Second Life ToS ; art. 17.E World of Warcraft ToS).

116 *Infra*, N 118.

ii. Contrat conclu avec des consommateurs

93. En pratique, dans les contrats standards, il est de rigueur que les parties désignent un for. C'est le cas de la plupart des univers virtuels[117]. En matière contractuelle, il existe néanmoins un for impératif susceptible de permettre à l'utilisateur suisse d'un univers virtuel de soumettre un litige aux tribunaux de son domicile. L'art. 114 LDIP consacre en effet une exception aux fors présentés ci-dessus [118] lorsque les contrats sont conclus avec des consommateurs. Ces derniers ne peuvent valablement renoncer d'avance à ce for (art. 114 al. 2 LDIP).

94. L'art. 114 al. 1 LDIP prévoit que les consommateurs, au sens de l'art. 120 al. 1 LDIP, peuvent intenter une action devant le tribunal suisse de leur domicile ou devant celui du fournisseur[119]. La définition du consommateur est donnée en fonction de l'objet du contrat : un contrat conclu avec un consommateur porte « sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur » (art. 120 al. 1 LDIP).

95. Le but de cette disposition est de protéger les intérêts de la partie faible, tant du point de vue économique que juridique, au contrat[120]. Cependant la lettre de la loi est claire : *de lege lata*, seule une personne physique peut se prévaloir de ce for impératif[121]. Ainsi, seul un utilisateur qui est une personne physique et qui utilise l'univers virtuel en dehors de son activité professionnelle doit être considéré comme un consommateur.

---

117 *Supra*, note 115.

118 *Supra*, N 89 ss.

119 Cette solution correspond à la solution du droit de l'Union européenne. Le Règlement Bruxelles I Révisé prévoit que le consommateur peut porter des actions contre l'autre partie au contrat devant les tribunaux de son domicile quel que soit le domicile de l'autre partie ; sous l'empire du Règlement Bruxelles I, le droit national des Etats membres réglait la compétence lorsque le défendeur était domicilié dans un Etat non membre de l'Union européenne.

120 CR/CL-BONOMI, art. 120 N 1 ; DUTOIT, art. 120 N 4.

121 Le raisonnement qui suggère d'étendre la protection des consommateurs à des personnes morales – lorsqu'il existe un déséquilibre entre les parties au contrat et lorsque la partie faible n'a aucune influence sur le contenu du contrat – peut être tenu dans un contexte de droit international privé au même titre que dans le cadre de la protection des consommateurs (*infra*, N 367).

96. Par ailleurs, l'art. 120 al. 1 LDIP comporte une condition supplémentaire ayant trait au lien de connexité entre le contrat et l'Etat de résidence du consommateur[122]. Trois situations, énoncées à l'art. 120 al. 1 *lit.* a-c LDIP, établissent ce lien : le fournisseur a reçu la commande dans cet Etat (*lit.* a) ; la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une offre ou d'une publicité et le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat (*lit.* b) ; le consommateur a été incité par son fournisseur à se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer la commande (*lit.* c). Dans le contexte d'Internet, l'art. 120 al. 1 *lit.* b LDIP s'applique. La publicité et l'offre devant être comprises au sens large, le simple fait qu'un consommateur ait conclu un contrat sur Internet entraîne l'application du for impératif[123]. Pour éviter ceci, les opérateurs d'univers virtuels doivent empêcher la conclusion de leur contrat d'utilisation pour les utilisateurs suisses[124], une simple indication (*disclaimer*) ne suffisant pas à écarter l'application des articles 114 et 120 LDIP[125].

97. Il est à noter que les articles 15 à 17 CL prévoient également un for impératif pour les actions intentées par (ou contre) un consommateur. Ce for est applicable au professionnel « qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités » (art. 15 ch. 1 *lit.* c CL). La CJUE a précisé cette disposition en indiquant qu'il ne faut pas « interpréter les termes 'dirige ces activités vers' comme visant la simple accessibilité d'un site Internet dans des États membres autres que celui dans lequel le commerçant concerné est établi »[126] : la

---

122 CR/CL-BONOMI, art. 120 N 12.

123 CR/CL-BONOMI, art. 120 N 17 ; DUTOIT, art. 120 N 5 ; WEBER (2010), p. 39 ss.

124 CR/CL-BONOMI, art. 120 N 17.

125 CR/CL-BONOMI, art. 120 N 17 ; WEBER (2010), p. 41 s. ; en droit de l'Union européenne, voir également DE MIGUEL ASENSIO, p. 12.

126 *Pammer c. Hotel Alpenhof*, CJUE du 7 décembre 2010 dans les causes jointes C-585/08 et C-144/09 (N 69) ; voir cependant, dans le cadre de l'art. 6 Règlement Rome I, DE MIGUEL ASENSIO, p. 12.

direction des activités est constituée à l'aide d'un faisceau d'indices[127]. Cependant, la doctrine européenne soutient que la direction des activités doit être interprétée de manière extensive[128]. En particulier selon NIELSEN, il faut considérer que tout site Internet qui utilise la langue anglaise – puisque cette langue est internationale – et sollicite la conclusion de contrat dirige ses activités vers tous les États membres[129]. Il appartient alors à l'opérateur du site Internet de bloquer l'accès aux consommateurs des États vers lesquels il ne souhaite pas que son activité soit dirigée[130]. Ceci a récemment été confirmé par une Cour française, dans l'affaire *Sébastien R. c. Facebook*. Selon cette Cour, Facebook dirige ses activités vers la France du fait que sa plateforme est disponible pour les utilisateurs français de façon stable et durable et que ces derniers peuvent s'y inscrire[131]. Par ailleurs – mais en matière de rattachement de la violation d'un droit de propriété intellectuelle sur Internet – la CJUE a adopté le critère de l'accès[132], ce qui pourrait laisser présager une généralisation de ce critère à d'autres domaines du droit.

98. Au regard de ce qui précède, il faut retenir qu'à défaut d'empêcher l'accès depuis la Suisse à leur univers virtuel, les opérateurs peuvent être attraits par

---

127 Notamment : « certaines activités touristiques, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi, par exemple '.de' ou encore l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres tels que '.com' ou '.eu', la description d'itinéraires à partir d'un ou de plusieurs autres États membres vers le lieu de la prestation de service ainsi que la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres, notamment par la présentation de témoignages de tels clients » (*Pammer c. Hotel Alpenhof*, CJUE du 7 décembre 2010 dans les causes jointes C-585/08 et C-144/09 (N 83)).

128 Dans le cadre de l'application de l'art. 6.1 Règlement Rome I (qui comporte la même condition) ; à ce titre, voir DE MEYER, p. 640 ss ; NIELSEN, N 36 ; RAGNO, p. 149.

129 NIELSEN, N 35.

130 NIELSEN, N 35.

131 *Sébastien R. c. Facebook*, arrêt du 23 mars 2012 de la Cour d'appel de Pau 1ère chambre, n° 12-1373.

132 *Pez Hejduk c. EnergieAgentur.NRW GmbH*, CJUE du 22 janvier 2015 dans la cause C-441/13. Cette conclusion ne peut cependant pas être automatiquement étendue en matière de droit de la consommation ; à ce propos voir le paragraphe 32 de la décision : « [à] cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour que, contrairement à [l'art. 15.1.c Règlement Bruxelles I], qui a été interprété dans l'arrêt Pammer et Hotel Alpenhof (C-585/08 et C-144/09 […]), l'article 5, point 3, de ce règlement n'exige pas que le site en cause soit 'dirigé vers' l'État membre de la juridiction saisie ».

des consommateurs résidant en Suisse devant les juridictions suisses[133]. Ce sera notamment le cas de Facebook, Twitter, Second Life et Blizzard dont le siège se situe aux Etats-Unis et dont l'accès depuis la Suisse à leur univers virtuel n'est pas limité.

2. Litiges de propriété intellectuelle

99. Les hypothèses envisagées par ce chapitre sont celles où les droits de propriété intellectuelle d'un tiers, d'un utilisateur ou d'un opérateur sont violés dans un univers virtuel ou dont la validité ou la titularité est litigieuse.

100. Il s'agit par exemple de la violation du droit d'auteur d'un artiste dont une chanson est utilisée sans autorisation dans une vidéo téléchargée par un utilisateur vers un univers virtuel ou de l'usage sans droit d'une marque par un utilisateur au sein d'un univers virtuel.

101. De plus, la validité d'une « marque virtuelle »[134] pourrait être contestée ou le titulaire d'un droit d'auteur pourra avoir un intérêt à faire constater l'existence de son droit (notamment sa qualité d'auteur) si celui-ci est contesté (*e.g.* par un autre utilisateur qui prétend être l'auteur)[135].

102. En matière de compétence concernant les litiges de propriété intellectuelle, l'art. 109 LDIP distingue deux situations : l'alinéa 2[136] prévoit un for dispositif lorsque le litige de propriété intellectuelle porte sur la violation de celui-ci (*i*) et l'alinéa 1[137] traite des litiges portant sur la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle (*ii*).

---

133 Voir en particulier *supra*, N 96.

134 Voir *infra*, N 460 ss.

135 DUCOR relève à juste titre qu'en matière de droit d'auteur « les questions de validité de droits d'auteur se posent essentiellement dans le contexte de procès en contrefaçon de ces droits » CRPI/LDIP-DUCOR, art. 109 N 25.

136 La règle correspondante est prévue à l'art. 5 ch. 3 CL.

137 La règle correspondante est prévue à l'art. 22 ch. 4 CL.

i. Concernant la violation d'un droit de propriété intellectuelle

103. L'art. 109 al. 2 LDIP prévoit, en cas de violation d'un droit de propriété intellectuelle[138], des fors alternatifs : au domicile du défendeur[139] (*a*) ou au lieu de l'acte ou du résultat[140] (*b*). Les parties peuvent également élire un for (*c*).

a. Au domicile du défendeur

104. Un des fors dispositifs de l'art. 109 al. 2 LDIP se trouve au domicile ou au siège en Suisse[141] du défendeur, dans la mesure où les activités de cet établissement sont concernées. Dans le contexte des univers virtuels, un tel for est susceptible de se trouver en Suisse lorsque le défendeur est un autre utilisateur de l'univers virtuel. En effet, si la violation est commise par l'opérateur, son siège sera le plus souvent situé hors de Suisse[142]. Par ailleurs, les actions fondées sur ce for peuvent porter sur la violation d'un droit de propriété intellectuelle étranger, contrairement à celles fondées sur le for du lieu de l'acte ou du résultat[143].

b. Au lieu de l'acte ou du résultat

105. L'art. 109 al. 2 LDIP prévoit également un for au lieu de l'acte ou du résultat. Le « lieu de l'acte ou du résultat » correspond au « lieu où la protection est invoquée » de l'ancien droit[144]. Ainsi, seuls les droits de propriété intellectuelle suisses – *i.e.* ceux qui entrent dans le champ d'application d'une loi suisse[145] – peuvent être invoqués devant ce for[146].

---

138 Voir les exemples cités *supra*, N 100.

139 Ceci correspond à la règle générale de compétence des articles 2 LDIP et 2 CL.

140 L'art. 5 ch. 3 CL, similaire à l'art. 109 al. 2 LDIP, dispose que le for se situe : « en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».

141 Au sens des art. 20 al. 1 *lit.* a et 21 al. 1 LDIP, CRPI/LDIP-DUCOR, art. 109 N 32.

142 C'est notamment le cas de Facebook, Twitter, Second Life et Blizzard qui ont leur siège aux Etats-Unis.

143 CRPI/LDIP-DUCOR, art. 109 N 35 ; DUTOIT, art. 109 N 7 ; ZK IPRG-VISCHER, art. 109 N 10.

144 Message LDIP 2006, p. 118.

145 Il s'agit par exemple des droits d'auteur selon la LDA et des droits soumis à inscription en Suisse, tel que le droit des marques.

106. Les critères utilisés dans le contexte d'Internet pour déterminer le lieu de la violation d'un droit de propriété intellectuelle en Suisse peuvent être appliqués par analogie dans le contexte des univers virtuels.

107. La Recommandation de l'OMPI dresse une liste non exhaustive de critères (art. 3) qui permettent d'établir lorsque l'utilisation d'un signe sur Internet occasionne une incidence commerciale dans un État. Dans un tel cas, l'utilisation est considérée avoir eu lieu dans ce pays (art. 2). Parmi ces critères, on peut notamment citer : l'accès possible d'un site dans un pays (art. 3 al. 1 *lit*. d ch. i) ; la langue du site (art. 3 al. 1 *lit*. d ch. iv) ; l'utilisation effective du site par des utilisateurs d'un Etat donné (art. 3 al. 1 *lit*. d ch. v)[147].

108. La doctrine est d'avis qu'un rattachement spécifique doit exister entre la violation du droit de propriété intellectuelle et la Suisse pour fonder la compétence des tribunaux helvétiques[148]. La jurisprudence n'est pas abondante en la matière. En guise de référence, on citera l'arrêt du Tribunal fédéral concernant le nom de domaine « swiss-life.ch »[149]. Il y a été jugé que ce nom de domaine se terminant par « .ch » suffisait à rattacher l'utilisation du signe avec la Suisse[150], le Tribunal fédéral laissant ouverte la question de savoir quels

---

146 CRPI/LDIP-DUCOR, art. 109 N 33 ; BaK IPRG-JEGHER, art. 109 N 21.

147 Bien que la Recommandation de l'OMPI vise en particulier la protection des marques sur Internet, il est proposé de s'inspirer de ses principes, par analogie, pour ce qui concerne le droit d'auteur. Dans la mesure où le rattachement y est fondé sur l'incidence commerciale, l'application aux droits patrimoniaux d'auteur ne pose pas de problème particulier à l'utilisation de ces critères. Il en va autrement dans les cas où le droit moral est invoqué ; dans une telle situation, il sera nécessaire de déterminer le lieu du résultat au cas par cas.

148 Pour la violation d'une marque, la doctrine suggère notamment comme critère de rattachement une publicité ciblée vers la Suisse ; CHERPILLOD (1997), p. 124 ; DUTOIT, art. 110 N 3bis. Plus généralement, DUCOR est favorable à un « renforcement du point de rattachement à la Suisse exigé dans les affaires de contrefaçon par l'intermédiaire d'Internet » ; CRPI/LDIP-DUCOR, art. 109 N 39.

149 TF du 6 mars 2007, 4C_341/2005, sic! 2007 p. 543.

150 Il est à noter que l'arrêt a été rendu sur la base de l'art. 5 ch. 3 CL. Celui-ci instaure, en matière délictuelle ou quasi délictuelle, un for dispositif « devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». La jurisprudence rendue en application de cette disposition est ainsi transposable à l'art. 109 al. 2 LDIP (pour le for du lieu de l'acte ou du résultat).

Pour une discussion plus récente – et une interprétation extensive – de l'art. 5 ch. 3 CL par la CJUE, voir notamment : (i) arrêt de la CJUE du 19 avril 2012 dans la cause C-523/10, dans lequel

autres critères devraient être pris en considération (notamment le fait de savoir si la simple accessibilité depuis la Suisse d'un site Internet suffirait à fonder la compétence des tribunaux suisses).

109. D'une manière générale, les univers virtuels sont destinés à être utilisés dans le monde entier et visent les utilisateurs de tous les pays, notamment en Suisse. On pourrait ainsi considérer, *a priori*, que la violation d'un droit de propriété intellectuelle intervenant au sein d'un univers virtuel est suffisamment rattachée à la Suisse pour fonder la compétence de ses tribunaux sur la base de l'art. 109 al. 2 LDIP.

110. Cependant, ce raisonnement réducteur ne peut pas être suivi aveuglément. Par exemple, doit-on considérer qu'un rattachement – fondé sur le fait que les

---

il a été retenu que les juridictions autrichiennes sont compétentes pour connaître d'un litige en violation d'une marque enregistrée en Autriche, intentée par le titulaire autrichien de la marque à l'encontre d'une société allemande qui avait utilisé cette marque comme mot-clé dans le système AdWords du site Internet www.google.de ; la CJUE a en particulier décidé que le fait que ce site Internet s'adresse au public allemand ne saurait empêcher le titulaire d'une marque enregistrée dans un Etat membre d'agir devant les tribunaux de cet Etat et de dire qu'« il y a lieu de considérer que tant l'objectif de la prévisibilité que celui de la bonne administration de la justice militent en faveur d'une attribution de la compétence, au titre de la matérialisation du dommage, aux juridictions de l'Etat membre dans lequel le droit en cause est protégé » ; (ii) arrêt de la CJUE du 3 octobre 2013 dans la cause C-170/12, qui précise que l'activité violant des droits patrimoniaux d'auteur sur Internet ne doit pas être dirigée vers un Etat pour fonder la compétence de celui-ci, mais qu'il suffit que ces droits soient protégés dans cet Etat et qu'un risque d'atteinte existe (celui-ci étant réalisé en l'espèce par la possibilité pour des personnes résidant dans cet Etat de se procurer la reproduction des œuvres visées sur Internet) ; (iii) arrêt de la CJUE du 3 avril 2014 dans la cause C-387/12, reconnaissant – en matière de droits patrimoniaux d'auteur – la compétence des tribunaux du lieu où une atteinte risque de se produire ; et (iv) arrêt de la CJUE du 22 janvier 2015 dans la cause C-441/13 qui reconnaît – dans le cadre de la mise à disposition de photographies sur Internet – la compétence des tribunaux de chacun des lieux où le site Internet en question est accessible, étant noté que l'étendue des dommages qui peuvent être réclamés est limitée aux dommages subit dans cette juridiction.

Dans le premier arrêt (*supra* (i)), l'interprétation extensive de la CJUE est contestable en ce qu'elle étend la compétence des tribunaux d'un Etat en fondant son raisonnement sur les droits à disposition du demandeur et le fait que « ce sont les juridictions de l'Etat membre d'enregistrement de la marque qui sont les mieux à même d'évaluer [si] il est effectivement porté atteinte à la marque » (arrêt de la CJUE du 19 avril 2012 dans la cause C-523/10). Pour ces raisons, il se justifie de ne pas tenir compte de cette jurisprudence en droit suisse lorsque la LDIP est applicable. Par ailleurs, lorsque la CL trouve à s'appliquer, le juge suisse devra se référer à cette jurisprudence de manière précautionneuse.

Dans les deux autres arrêts (*supra* (ii) et (iii)), la CJUE se fonde sur le lieu où une violation risque de se produire (art. 5 ch. 3 *in fine* CL). En droit suisse, seul un risque sérieux permet de créer un rattachement. Par conséquent, cette jurisprudence européenne doit être appréciée avec la distance nécessaire lorsque la LDIP est applicable.

activités de l'univers virtuel sont notamment dirigées vers la Suisse – existe avec la Suisse lorsque la violation d'un droit de propriété intellectuelle suisse[151] est commise sur une page Facebook qui n'est pas publique et dont le titulaire et l'ensemble de ses contacts sont américains ? Quid si la page est publique et peut potentiellement être consultée depuis la Suisse ? Quid encore si la violation intervient dans un secteur spécifique d'un monde virtuel de type Second Life (*i.e.* dans une zone de ce monde virtuel qui est destinée ou accessible qu'à un nombre limité d'utilisateurs) ?

111. Dans de tels cas, les critères « traditionnels » de rattachement utilisés pour les violations ayant lieu sur Internet trouvent leur limite. En tant que tels, ils ne peuvent pas être appliqués à l'univers virtuel en question pris dans son ensemble[152]. En effet, il est possible que l'incidence de telles violations sur le territoire suisse soit notablement plus restreinte (voire inexistante) que celle de la plateforme dans son entier[153] : il faut distinguer chaque situation et exiger que les critères de rattachements soient analysés précisément en relation avec le cas de violation et non simplement au regard de la plateforme en général.

112. Il est ainsi proposé d'analyser le rattachement en deux étapes : (1) délimiter précisément le contexte de la violation[154] et (2) appliquer les critères pour déterminer si dite violation peut être rattachée à la Suisse.

113. Dans le cadre d'un réseau social, l'analyse est plus aisée parce que la violation a lieu sur une page Internet. Ainsi, le contexte de la violation correspondra à la page sur laquelle celle-ci a eu lieu ; *e.g.* si l'Agence France Presse publie une photo sur sa page Facebook sans autorisation, le contexte de la violation sera www.facebook.com/AFPfra. Certains des critères « traditionnels » pourront

---

151 *E.g.* une marque enregistrée en Suisse ou une œuvre protégée par la LDA.

152 *I.e.* au site www.facebook.com ou au logiciel de Second Life dans son ensemble.

153 Voir DE MIGUEL ASENSIO, p. 32.

154 Ce critère est déterminant dans la mesure où une violation qui intervient dans un univers virtuel n'affecte pas nécessairement tous les utilisateurs (voir *supra*, N 110 s.) : avant d'être en mesure de déterminer si une violation a un résultat en Suisse, il faut délimiter l'effet de la violation, *i.e.* quelles personnes ont accès et/ou sont touchées par la violation. A ce propos, voir DE MIGUEL ASENSIO, p. 32 s.

ensuite être appliqués pour déterminer si la violation peut être rattachée à la Suisse, notamment la langue ou l'utilisation effective du site par des utilisateurs d'un Etat donné. Pour évaluer ce dernier critère, les contacts ou « *followers* » de la page en question constitueront un indice déterminant, en particulier si – contrairement à l'exemple cité – la page sur laquelle a lieu la violation n'est pas accessible au public en raison des paramètres de confidentialité[155].

114. L'analyse est plus compliquée pour les mondes virtuels, qui n'ont pas de « frontières » aussi clairement définies que les réseaux sociaux. En effet, les différents secteurs des mondes virtuels ne sont pas délimités par des pages Internet différentes. A l'instar du monde réel, les frontières entre ces différentes zones ne sont pas toujours visibles.

115. La première étape de l'analyse du rattachement – *i.e.* circonscrire le contexte de la violation – est de ce fait rendue plus complexe. Il faudra, de cas en cas, déterminer quel secteur est touché : *e.g.* si la violation consiste en la diffusion d'un film dans un cinéma virtuel ou la diffusion de musique dans une salle de concert virtuelle, le secteur concerné sera restreint et correspondra au cinéma virtuel, respectivement à la salle de concert virtuelle ; en revanche, si la violation consiste en l'utilisation d'une marque en relation avec un bien virtuel qui est distribué dans tous le monde virtuel, le contexte de la violation correspondra à l'intégralité du monde virtuel[156]. En ce qui concerne la deuxième étape, l'on pourra se fonder sur les critères « traditionnels » pour autant qu'ils soient applicables et en les adaptant au contexte des mondes virtuels[157].

116. Au regard de ce qui précède, il ressort qu'un for en Suisse est susceptible d'être fondé à chaque fois qu'un public suisse a accès au secteur de l'univers

---

155 A ce propos, voir *infra*, N 409.

156 En revanche, si la distribution du bien virtuel en question a une origine clairement définie (*e.g.* un magasin virtuel), le contexte de la violation correspondra à celui-ci.

157 *E.g.* la langue et l'utilisation effective dans le secteur en question ou la résidence des utilisateurs ayant accès au secteur concerné par la violation.

virtuel où la violation est commise. Par exemple, un for en Suisse sera créé dans les deux hypothèses fictives suivantes : (1) l'utilisation sans autorisation de la marque Nike en relation avec des chaussures virtuelles dont l'origine de la distribution dans Second Life est un magasin virtuel nommé « *swiss store* » et qui est fréquenté en majorité par des personnes résidant en Suisse ; ou (2) si la Radio Télévision Suisse[158] publiait sur sa page Facebook, sans autorisation, une photographie (qui remplit les conditions d'une œuvre au sens de l'art. 2 LDA[159]) téléchargée par un utilisateur Facebook qui ne réside pas en Suisse[160].

c. Election de for

117. Les fors prévus à l'art. 109 al. 2 LDIP étant dispositifs, les parties à un litige peuvent élire un autre for[161].

118. Cette prorogation de for peut avoir lieu après la survenance du litige ou être incorporée dans un contrat préexistant au litige[162]. Dans l'hypothèse où l'élection de for est incorporée à un contrat préexistant, il sera nécessaire d'interpréter la clause de manière à savoir si celle-ci vise tous les types de litiges qui surviendraient potentiellement entre les parties (notamment les violations de droits de la propriété intellectuelle) ou si elle ne vise que les litiges contractuels. Il est ainsi possible de rédiger une clause d'élection de for qui soumette les litiges entre les parties – pour des litiges de nature délictuelle s'ils sont liés au contrat – à une seule juridiction[163].

---

158 www.facebook.com/rts.ch (à noter que le nom de la page choisi par la RTS suggère un lien avec la Suisse par l'adjonction « .ch »); il ne fait nul doute que cette page est fréquentée principalement par des personnes résidant en Suisse.

159 *Infra*, N 665 ss.

160 Il est à noter que, dans cette hypothèse, un for en Suisse peut être fondé sur le domicile (siège) du défendeur en Suisse pour ce qui est de la violation potentiellement commise par la Radio Télévision Suisse. De manière générale, il faut retenir que les règles de rattachement proposées ne sont pas immunisées contre des manipulations (techniques ou humaines) afin de créer un for dans une certaine juridiction. Il s'agira dans un tel cas d'apprécier le lieu de l'acte ou du résultat en prenant en compte tous les éléments de faits pertinents.

161 CRPI/LDIP-DUCOR, art. 109 N 41.

162 Voir NOVIER, p. 111 s., qui sous-entend cette possibilité.

163 Contrats Commerciaux KAUFMANN-KOHLER, p. 62 N 16.5.

ii. Concernant la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle

119. Les articles 109 al. 1 LDIP et 22 ch. 4 CL prévoient un for impératif dans l'Etat où la validité ou l'inscription d'un droit de propriété intellectuelle[164] est en cause. Il découle de ces dispositions que toute clause d'élection de for visant ce type de litige est nulle[165].

120. Une distinction existe entre l'art. 109 al. 1 LDIP et l'art. 22 ch. 4 CL. Cette dernière disposition ne s'applique que pour les droits de propriété intellectuelle soumis à un dépôt ou à un enregistrement – *i.e.* le droit des marques, des brevets et des designs, à l'exclusion des droits d'auteur – alors que l'art. 109 al. 1 LDIP s'applique également aux droits d'auteur[166].

---

164 Il faut comprendre ces termes au sens large. Les litiges portant sur la validité et l'inscription comprennent également les actions relatives à la nullité, la naissance et l'extinction de tels droits (voir notamment NOVIER, p. 97.

165 Voir toutefois CRPI/LDIP-DUCOR, art. 109 N 26, qui admet la prorogation de for lorsqu'il se situe en Suisse.

166 Voir notamment CRPI/LDIP-DUCOR, intro ch. 8 N 46 et art. 109 N 25 ; *contra* : BaK IPRG-JEGHER/VASELLA, art. 109 N 8i, et les références citées. Dans un cas où le défendeur n'a pas de domicile en Suisse, les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du résultat seront subsidiairement compétents (CRPI/LDIP-DUCOR, art. 109 N 25 ; ZK IPRG-VISCHER, art. 109 N 16).

La compétence exclusive des tribunaux suisses pour connaître de la validité d'un droit d'auteur suisse ne saurait empêcher un tribunal d'un autre Etat de trancher une question préjudicielle ou une exception – portant sur la validité d'un droit d'auteur suisse – dans le cadre d'un procès en violation dudit droit, en application du droit international privé de cet autre Etat. L'hypothèse topique visée ici est celle où un utilisateur suisse d'un univers virtuel agit contre un autre utilisateur (ou l'opérateur de l'univers virtuel) devant les tribunaux étrangers du domicile de cet autre utilisateur (ou du siège de l'opérateur) pour violation de son droit d'auteur sur un contenu qu'il a téléchargé sur la plateforme. Si le défendeur à une telle action est l'opérateur, les tribunaux américains seront compétents. Dans une affaire concernant la violation d'un droit d'auteur russe aux Etats-Unis, la Cour fédérale du 2ème district américaine a appliqué le droit d'auteur russe pour déterminer les « intérêts » du demandeur, soit en particulier la titularité sur le droit d'auteur en question (*Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998)). Il est ainsi envisageable qu'un tribunal américain se déclare compétent pour connaître de la violation d'un droit d'auteur suisse et applique le droit matériel suisse pour résoudre une éventuelle question incidente relative à la validité d'un tel droit (en ce sens, voir VOLTCHENKO ; pour une présentation comparative des règles de droit international privé en matière de compétence exclusive relative à la validité d'un droit de propriété intellectuelle, voir UBERTAZZI (2012) et UBERTAZZI (2011)).

Il est à noter toutefois que la doctrine suisse est d'avis que de telles décisions ne devraient pas être reconnues en Suisse en application de l'art. 111 al. 2 LDIP (voir notamment CRPI/LDIP-DUCOR, art. 111 N 15 s. ; DUTOIT, art. 111 N 2 ; ZK IPRG-VISCHER, art. 111 N 5). JEGHER & VASELLA

121. Il faut également relever que le champ d'application de la CL est particulier dans ce cadre : celui-ci se définit de par l'objet protégé et non par le domicile ou le siège du défendeur. Ainsi, l'art. 22 ch. 4 CL s'applique, dans le cadre du droit des marques, lorsque le litige porte sur un titre délivré (ou dont la délivrance est recherchée) par un État partie à la convention[167].

122. De plus, la CL et la LDIP s'appliquent conjointement – respectivement concernant la compétence internationale et locale – dans les cas où l'objet du litige est un droit de propriété intellectuelle suisse[168]. Ceci a pour conséquence que lorsque l'art. 22 ch. 4 CL établit la compétence des tribunaux suisses au plan international, l'art. 109 al. 1 LDIP s'appliquera pour désigner, au plan local, les tribunaux cantonaux compétents[169]. Trois fors subsidiaires sont prévus par l'art. 109 al. 1 LDIP : le for du domicile du défendeur, à défaut de domicile en Suisse du défendeur, les tribunaux suisses du siège commercial du mandataire inscrit au registre, ou, à défaut, devant les tribunaux du lieu où l'autorité qui tient le registre a son siège (*i.e.* le *Handelsgericht* du canton de Berne).

B. Droit applicable

123. La détermination du droit applicable est régie en Suisse par la loi sur le droit international privé. Cette loi prévoit différentes règles suivant que le litige concerne un contrat (1) ou un droit de propriété intellectuelle (2).

124. Il est de pratique courante que les parties à des contrats internationaux élisent un droit régissant les potentiels litiges entre les parties. Ainsi, tous les contrats portant sur l'utilisation d'un univers virtuels contiennent une clause d'élection de droit. Pour des raisons essentiellement pratiques et financières, les

---

soutiennent en revanche que de telles décisions devraient être reconnues en Suisse si elles concernent des droits d'auteur (BaK IPRG-JEGHER/VASELLA, art. 111 N 17).

167 CRPI/LDIP-DUCOR, intro ch. 8 N 5 et CRPI/CL-DUCOR, art. 22 ch. 4 N 1.

168 CRPI/LDIP-DUCOR, art. 109 N 1.

169 Dans la mesure où l'art. 22 ch. 4 CL ne concerne pas les droits d'auteur, seule la LDIP sera applicable dans ce cas.

opérateurs choisissent le droit de l'Etat de leur siège (*e.g.* le droit californien pour Second Life[170], Twitter[171] et Facebook[172] et le droit fédéral américain et le droit de l'Etat du Delaware pour World of Warcraft[173]).

125. Le présent chapitre exposera essentiellement le droit applicable prévu par la loi, d'une part dans les cas où ces clauses d'élection de droit ne sont pas applicables et, d'autre part, lorsque des règles impératives désignent un droit différent – en Suisse – que celui choisi dans ces contrats.

1. Litiges contractuels

126. Les règles générales concernant le droit applicable aux litiges contractuels seront présentées en premier lieu (*i*). Ensuite, seront exposées les règles spécifiques aux contrats conclus avec les consommateurs (*ii*).

i. En général

127. La section de la LDIP portant sur le droit des contrats (art. 112 à 126 LDIP) consacre l'admissibilité de l'élection de droit dans les litiges contractuels (art. 116 LDIP)[174].

128. À défaut d'élection de droit dans le contrat, le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits est applicable (art. 117 al. 1 LDIP). Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle (art. 117 al. 2 LDIP). Par conséquent, le droit applicable au contrat d'utilisation d'un univers virtuel est

---

170 Art. 10.2 Second Life ToS.

171 Art. 12.B Twitter ToS.

172 Art. 16.1 Facebook ToS.

173 Art. 17.F World of Warcraft ToS.

174 Il est important de noter que les clauses d'élection de droit ne s'étendent pas aux questions de droit de la propriété intellectuelle qui sont soumises à la *lex loci protectionis* (art. 110 al. 1 LDIP) ; voir notamment l'ATF 138 III 304, sic! 2012 p. 632 et CRPI/LDIP-DUCOR, art. 122 N 18 ss.

celui du siège de l'opérateur dans la mesure où il fournit la prestation caractéristique[175].

ii. Contrat conclu avec des consommateurs

129. L'art. 120 al. 1 LDIP soumet impérativement[176] les contrats conclus avec des consommateurs au droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur lorsqu'ils portent « sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur », notamment si « la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une offre ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat » (*lit*. b).

130. Cette règle de rattachement au droit suisse est la même que pour la question du for[177], l'art. 114 LDIP renvoyant à l'art. 120 LDIP pour la notion de contrat conclu avec des consommateurs. Ainsi, les contrats d'utilisation d'un univers virtuel sont impérativement soumis au droit suisse lorsque l'utilisateur agit à titre privé, aux conditions exposées ci-dessus[178].

2. Litiges de propriété intellectuelle

131. L'art. 110 al. 1 LDIP dispose que les « droits de la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'État pour lequel la protection de la propriété intellectuelle est revendiquée »[179].

---

175 *Infra*, N 143. Il est à noter que l'art. 122 LDIP ne trouve pas à s'appliquer ici. En effet, bien qu'il comporte un aspect de propriété intellectuelle, le contrat d'utilisation d'un univers virtuel contient une licence croisée (*infra*, N 171 et 223) qui ne permet pas de désigner le droit applicable en fonction du domicile du donneur de licence eu égard au fait qu'il y a deux donneurs qui sont domiciliés dans des Etats différents ; à ce propos, voir CRPI/LDIP-DUCOR, art. 122 N 11 ss.

176 Art. 120 al. 2 LDIP.

177 *Supra*, N 93 ss.

178 *Supra*, N 93 ss.

179 L'art. 110 al. 2 LDIP permet, de manière exceptionnelle, de déroger au droit applicable prévu par l'art. 110 al. 1 LDIP uniquement pour ce qui concerne les prétentions consécutives à un acte illicite et pour autant que l'élection de droit intervient après la survenance du litige.

132. Ainsi, le droit suisse des marques s'applique à un litige lorsqu'un titulaire cherchera à protéger sa marque suisse ou la partie suisse de sa marque internationale.

133. Concernant le droit d'auteur, en particulier le droit de mise à disposition[180], le droit suisse s'applique dans la situation où le contenu est accessible en Suisse cela sans égard au lieu de situation des serveurs[181]. Selon le principe de territorialité, seules les prétentions s'étendant au territoire suisse sont soumises au droit suisse, les prétentions découlant d'une violation dans un État tiers étant soumises au droit de l'Etat en question.

134. Il est à noter que l'élection du droit du for est admise, après la survenance du fait dommageable, en ce qui concerne les prétentions consécutives à un acte illicite (art. 110 al. 2 LDIP)[182].

C. Synthèse

135. En matière contractuelle, un litige est soumis aux juridictions suisses dans les cas suivants :

- l'utilisateur est un consommateur résidant en Suisse et l'opérateur a son siège dans un Etat qui n'est pas partie à la Convention de Lugano[183] ;
- l'utilisateur est un consommateur résidant en Suisse et l'opérateur, qui a son siège dans un Etat partie à la Convention de Lugano, dirige ses activités vers la Suisse[184] ;

---

180 Ce droit exclusif est celui qui sera le plus souvent violé sur Internet dans le cadre des univers virtuels ; voir *infra*, N 721 ss.

181 SHK URG-MÜLLER, intro. titre 5 N 36 ; voir également SALVADE, p. 166, dans le cadre du *cloud computing*, mais dont les conclusions sont transposables en l'espèce.

182 A ce titre, les questions qui portent sur la violation du droit en question, son existence ou sa validité sont réglées en application du droit désigné par l'art. 110 al. 1 LDIP (voir notamment CRPI/LDIP-DUCOR, art. 110 N 27 et ZK IPRG-VISCHER, art. 110 N 13).

183 *Supra*, N 93 ss.

184 *Supra*, N 97.

- le contrat d'utilisation de l'univers virtuel comporte une clause d'élection de for en faveur des tribunaux suisses[185] ; ou
- le contrat d'utilisation de l'univers virtuel ne comporte pas d'élection de for et le défendeur se trouve en Suisse[186] ;

136. En matière de droit de la propriété intellectuelle, un litige est soumis aux juridictions suisses dans les cas suivants :

- le litige porte sur la validité ou l'inscription d'une marque suisse ou sur la partie suisse d'une marque internationale[187] ;
- le litige porte sur la validité d'un droit d'auteur suisse[188] ;
- dans le cadre de la violation d'un droit de propriété intellectuelle, lorsque le défendeur réside en Suisse[189] ; ou
- dans le cadre de la violation d'un droit de propriété intellectuelle, lorsque le lieu de l'acte ou du résultat se situe en Suisse[190].

137. Par ailleurs, le droit suisse est applicable dans les cas suivants :

- le contrat d'utilisation de l'univers virtuel élit le droit suisse[191] ;
- une des parties à la procédure est un consommateur qui a sa résidence en Suisse[192] ;
- un droit de propriété intellectuelle suisse est violé dans un univers virtuel ; plus précisément lorsque la protection d'une marque suisse (ou la partie

185 *Supra*, N 89, étant précisé qu'une telle hypothèse est théorique.

186 *Supra*, N 90.

187 *Supra*, N 119 ss.

188 *Supra*, N 120.

189 *Supra*, N 104.

190 *Supra*, N 112 ss.

191 *Supra*, N 127 concernant les litiges en matière contractuelle et les N 131 et 134 concernant les litiges de propriété intellectuelle, étant précisé qu'une telle hypothèse est théorique.

192 *Supra*, N 129 s.

suisse d'une marque internationale) est recherchée d'une part et, d'autre part, lorsqu'un droit d'auteur suisse est violé[193].

[193] *Supra*, N 132 concernant le droit des marques et N 133 pour ce qui concerne le droit d'auteur.

Deuxième partie

—

Contrat d’utilisation d’un univers virtuel

138. Les univers virtuels sont régis par deux types de sources : privées (l'autorégulation au moyen de contrat) et étatiques (le droit positif)[194]. En vertu du principe de liberté contractuelle et de l'inexistence de loi régissant spécifiquement les univers virtuels, l'autorégulation est la source prééminente de droit dans ce contexte[195]. Cependant, cela ne signifie pas que le droit positif n'est pas susceptible de s'appliquer dans le cadre des univers virtuels. Les tensions entre autorégulation d'une part et droit étatique d'autre part feront en particulier l'objet de discussions dans cette partie[196].

139. Un univers virtuel peut donc être représenté comme un espace entouré de barrières (« *walled garden* ») dont l'accès est gardé par un opérateur (qui est une société de droit privé). Les utilisateurs qui souhaitent franchir ces clôtures afin d'utiliser la plateforme d'un opérateur doivent franchir un portail, soit la conclusion d'un contrat d'utilisation d'un univers virtuel[197] avec l'opérateur.

---

194 JANKOWICH, p. 1 ss ; QUINN, p. 757 ss ; SITES/PEELE/FAIRFIELD, p. 9.

195 LASTOWKA (2014), p. 489.

196 Voir *infra*, N 241 ss de façon générale concernant les conditions générales et leur intégration et validité au regard du droit suisse et N 370 ss concernant l'analyse de clauses particulières.

197 NÄNNI (2009), p. 79, emploie l'expression similaire « *Vertrag über die Nutzung virtueller Welten* ». Cette terminologie (contrat d'utilisation d'un univers virtuel) sera utilisée dans ce travail pour décrire ce type de contrat. Les droits et obligations des parties à un tel contrat seront discutés *infra*, N 145 ss.

Ceci lui permettra d'accéder à la plateforme de ce dernier[198]. Ce contrat est rédigé à l'avance par l'opérateur et regroupe en principe plusieurs documents contractuels[199] qui s'apparentent à des conditions générales[200]. Une question se pose de savoir si les divers documents contractuels en question constituent en fait plusieurs contrats ou si, au contraire, ils constituent un contrat unique[201].

140. Ces contrats couvrent un certain nombre d'aspects, soit par exemple la titularité des biens virtuels ou autres contenus générés par les utilisateurs, des aspects de droit de la propriété intellectuelle, des normes de (bon) comportement et le traitement des données personnelles[202]. Leur but est de régler les rapports (verticaux) entre l'utilisateur et l'opérateur, mais également de réglementer les conditions d'utilisation de l'univers virtuel, de façon plus ou moins détaillée selon l'univers en question, *i.e.* les relations (horizontales) entre les utilisateurs.

141. Le contrat d'utilisation d'un univers virtuel a une portée générale – plus encore que les conditions générales que nous avons connues jusqu'à présent – dans la mesure où il s'applique potentiellement à des millions d'utilisateurs[203].

---

198 FAIRFIELD (2008), p. 435 ss ; LASTOWKA (2010), p. 1 ss ; NÄNNI (2009), p. 79 ss ; SITES/PEELE/FAIRFIELD, p. 7 ss.

199 NÄNNI (2009), p. 80 s., a établi qu'il y avait en moyenne 5,5 documents contractuels différents incorporés au contrat standard, une sélection de 24 univers virtuels servant de base de calcul (pour la liste de ceux-ci, voir note 282, p. 80).

200 Dans ce travail, la terminologie « conditions générales » est réputée inclure tous les documents contractuels séparés incorporés dans le contrat (*infra*, N 220 ss) et est similaire aux « conditions d'utilisation » ou, en anglais, « *Terms of Use* » (ToU), « *Terms of Service* » (ToS) ou « *End User License Agreement* » (EULA) ; sur la forme des contrats d'utilisation d'un univers virtuel, voir *infra*, N 211 ss ; sur la formation de ces contrats et particulièrement sur l'intégration des conditions générales à ces derniers, voir *infra*, N 250 ss.

201 Voir *infra*, N 221 ss.

202 Ces aspects seront discutés en détail ci-après dans ce chapitre.

203 A tel point que certains auteurs les comparent à des constitutions (ou du moins en qualifient certains aspects de droits constitutionnels), les opérateurs d'univers virtuels assumant le rôle de l'État et les utilisateurs ayant un statut analogue à celui d'administrés ; à ce propos, voir en particulier l'article de BALKIN et MAYER-SCHÖNBERGER/CROWLEY, p. 1808 s. D'un avis plus modéré, voir RISCH (2009 I), p. 23 ss.

À titre d'exemple, Facebook compte plus de 1,32 milliards d'utilisateurs actifs[204], tous liés par le même contrat[205].

142. Les principes discutés dans ce chapitre – dans une perspective de droit suisse – sont applicables de façon générale aux contrats d'utilisation de tous les types d'univers virtuels. En premier lieu, l'objet du contrat sera défini (Chapitre 1). Ensuite, seront détaillées les obligations des parties (Chapitre 2) ainsi que les règles concernant la formation du contrat (Chapitre 3) et la qualification du contrat (Chapitre 4). Dans la mesure où le droit suisse est susceptible de s'appliquer principalement lorsque l'utilisateur est un consommateur[206], une attention particulière sera portée aux questions relatives à l'intégration et à la validité des conditions générales, qui seront analysées en présentant une comparaison du droit suisse avec les droits des États-Unis d'Amérique et de l'Union européenne (Chapitre 5). Enfin, seront discutés les règles concernant la fin du contrat (Chapitre 6).

---

204 http://newsroom.fb.com/company-info/ ; les comptes actifs de cette statistique représentent le nombre de connexions uniques (relatives à un seul compte Facebook) au 30 juin 2014.

205 Il est à noter que certains contrats d'utilisation d'un univers opèrent des distinctions suivant le lieu de résidence des utilisateurs. Dans le cas de Facebook, ces distinctions figurent dans le contrat de base (voir l'art. 17 Facebook ToS).

206 Voir *supra*, N 135.

Chapitre 1: Objet du contrat

143. L'objet du contrat d'utilisation d'un réseau social ou d'un monde virtuel consiste en l'utilisation d'un logiciel ou d'un set d'applications offert par un opérateur. L'utilisation implique l'accès à l'univers virtuel (soit l'autorisation de se connecter au système informatique mis en place par l'opérateur) et l'utilisation des diverses applications proposées par l'opérateur (soit par exemple des outils de communications, de personnalisation de l'avatar ou de gestion du contenu numérique généré par l'utilisateur (*User Generated Content*))[207]. Certains univers virtuels offrent, en plus des éléments précités, la possibilité de créer, de télécharger ou d'obtenir par d'autres moyens encore des biens virtuels[208]. Par ailleurs, certains univers virtuels offrent d'autres services spécifiques ou sont proposés dans un but spécial[209].

144. Le contrat d'utilisation d'un univers virtuel doit être distingué du contrat d'utilisation du logiciel qui est parfois nécessaire pour se connecter à certains univers virtuels[210]. En effet, d'une manière générale, ces logiciels sont principalement utilisés pour se connecter aux mondes virtuels, les réseaux sociaux étant accessibles directement depuis le navigateur internet. Il s'agira dans ce cas d'un contrat de licence de logiciel[211] qui ne porte pas sur l'utilisation de l'univers virtuel en tant que tel mais uniquement sur l'utilisation du logiciel. Des questions spécifiques se posent à l'égard de ces contrats, notamment les règles spéciales applicables en matière de décryptage de logiciel par l'utilisateur (art. 21 LDA).

---

207 DURANSKE, p. 117 ss ; NÄNNI (2009), p. 82 ss ; voir *supra*, N 41 ss.

208 Il s'agit principalement des mondes virtuels. Cependant, certains réseaux sociaux, à l'instar de Facebook, permettent également d'échanger de tels biens (http://www.facebook.com/pages/Virtual-goods/107953722571591).

209 C'est le cas notamment des MMORPGs qui sont des jeux qui comportent par conséquent un but relativement défini.

210 NÄNNI (2009), p. 82.

211 NÄNNI (2009), p. 82 ss et les références citées en notes 301 et 302.

Chapitre 2: Obligations des parties

145. Il a été établi que l'objet du contrat d'utilisation d'un réseau social ou d'un monde virtuel est l'accès et l'utilisation de celui-ci[212]. Les contours de cette prestation caractéristique ainsi que les autres obligations de l'opérateur d'un univers virtuel seront présentées dans un premier temps (A) avant d'analyser les obligations de l'utilisateur (B). Il sera tenu compte des obligations typiques de ces contrats et, cas échéant, certaines particularités seront relevées.

A. Obligations de l'opérateur

146. Il convient de présenter les obligations de l'opérateur en premier lieu dans la mesure où c'est lui qui fournit la prestation caractéristique[213]. L'accès à et l'utilisation de la plateforme (1) et la maintenance de celui-ci (2) forment en effet la pierre angulaire du contrat d'utilisation d'un univers virtuel. De plus, l'opérateur a le devoir d'administrer les données privées des utilisateurs conformément à certains principes (3). Enfin, sera discutée la question de savoir si l'opérateur a l'obligation de mettre en œuvre les conditions générales (4)[214].

---

212 *Supra*, N 143 ss.

213 Dans la mesure où aucune des parties ne fournit une prestation en argent et que ce sont les utilisateurs qui « nourrissent » les univers virtuels par le contenu qu'ils y téléchargent (du moins en ce qui concerne les réseaux sociaux et les mondes virtuels ouverts), on pourrait se poser la question de savoir si la prestation caractéristique n'est pas faite par ces derniers. Cependant, sans la mise à disposition de la plateforme, l'utilisateur n'aurait pas de support pour partager ses contenus. C'est l'opérateur qui facilite ce partage en mettant à disposition sa plateforme. Il semble ainsi justifié de considérer que la prestation caractéristique est celle de fournir l'accès et de permettre l'utilisation de l'univers virtuel.

214 Pour un aperçu des clauses typiques incluses dans les conditions générales d'utilisation d'un univers virtuel, voir DURANSKE, p. 118.

1. Accès à la plateforme et licence d'utilisation sur celle-ci

147. Une fois le contrat d'utilisation d'un univers virtuel entré en force entre les parties, l'opérateur a l'obligation de permettre à l'utilisateur d'accéder au réseau social ou au monde virtuel et de l'utiliser[215]. Une telle autorisation d'utilisation constitue une licence[216].

148. Lorsque l'univers virtuel est présenté au sein d'un navigateur Internet, cela signifie que les données d'accès au compte de l'utilisateur[217] doivent être activées pour que ce dernier puisse se connecter à la plateforme[218]. Lorsqu'un logiciel doit être utilisé pour accéder à l'univers virtuel, l'opérateur doit le fournir, *e.g.* sous la forme d'un téléchargement[219].

149. Un devoir d'information accompagne cette obligation. En effet, l'opérateur doit indiquer les spécifications techniques minimales requises pour accéder à la plateforme. Il s'agira notamment de lister les navigateurs qui sont compatibles (lorsque l'univers virtuel est directement accessible par ce biais) ou de mentionner les caractéristiques minimales requises des ordinateurs pour l'utilisation fonctionnelle du logiciel permettant d'accéder à l'univers virtuel en question[220].

---

215 NÄNNI (2009), p. 91 s.

216 Voir *infra*, N 230 ss. Cette licence porte soit sur la plateforme en ligne, soit sur le logiciel d'accès à l'univers virtuel, lequel doit être téléchargé au préalable par l'utilisateur.

217 Soit le nom d'utilisateur (ou l'e-mail selon les cas) et le mot de passe personnel de l'utilisateur.

218 NÄNNI (2009), p. 92. Il est à noter, toutefois, que l'opérateur peut introduire une étape intermédiaire (fréquemment utilisée en pratique) visant à « vérifier » l'utilisateur, *i.e.* s'assurer que l'e-mail utilisé lors de l'inscription est correct. Dans ce cas, le compte ne sera activé qu'à compter du moment où l'utilisateur confirme son inscription par le biais d'un code ou d'un lien hypertexte figurant dans un e-mail envoyé automatiquement par l'opérateur.

219 NÄNNI (2009), p. 92.

220 SPARROW, p. 23, qui précise que ces indications doivent être mises en exergue et que des informations concernant la méthode d'accès à la plateforme doivent être données.

2. Disponibilité et maintenance de la plateforme et hébergement des contenus téléchargés et/ou publiés par les utilisateurs

150. Les univers virtuels sont des plateformes complexes qui nécessitent d'être maintenues de façon active par les opérateurs[221]. En principe, ces derniers doivent pouvoir assurer la disponibilité de la plateforme en tout temps. Cependant, en matière informatique, une telle garantie n'est techniquement pas réalisable (ou du moins très coûteuse) ; c'est pourquoi les contrats d'utilisation d'un univers virtuel délimitent tous, de façon relativement claire, les contours de cette obligation[222].

151. Ces clauses constituent en réalité des SLA (*Service Level Agreement*, ou contrats de niveau de service[223]) en ce qu'elles définissent le niveau du service offert, dans le but d'exclure la responsabilité des opérateurs. En effet, en l'absence de telles clauses, le niveau de service attendu est imprévisible en application de la loi[224]. Les opérateurs ont ainsi tout intérêt à définir leurs obligations de disponibilité et de maintenance de la plateforme ainsi que celles relatives à l'hébergement du contenu généré par les utilisateurs de façon claire et restreinte.

152. En règle générale, le niveau de service promis par les opérateurs est minime[225]. Ils prévoient ainsi, par exemple, que la plateforme est mise à disposition « telle quelle »[226], qu'elle peut être modifiée en tout temps à la discrétion de

---

221 SPARROW, p. 28 ; voir également NÄNNI (2009), p. 92 ss.

222 Voir par exemple : art. 16.3 Facebook ToS ; art. 1 Twitter ToS ; art. 1.5 Second Life ToS qui offre un bon exemple de ce que ces clauses prévoient : « *Linden Lab may on occasion need to interrupt the Service with or without prior notice. You agree that Linden Lab will not be liable for any interruption of the Service (whether intentional or not), and you understand that except as may otherwise be specifically provided in Linden Lab's Billing Policy, you will not be entitled to any refunds of fees or other compensation for interruption of service* ». Concernant les mondes virtuels : NÄNNI (2009), p. 92 ss.

223 « L'objectif essentiel des SLA est d'offrir aux clients un instrument fiable de mesure et de vérification de la qualité des prestations effectuées par leur fournisseur de services [informatiques] », DE WERRA (2005), p. 112.

224 DE WERRA (2005), p. 116, et les références citées en note 29.

225 Pour une présentation détaillée de l'obligation de maintenance des mondes virtuels, voir NÄNNI (2009), p. 93 ss. Cette obligation, telle que présentée, est transposable telle quelle aux réseaux sociaux. Concernant les univers virtuels au sens large, voir SPARROW, p. 33.

226 *E.g.* art. 1.5 Second Life ToS, reproduit *supra*, note 222, et art. 11.A Twitter ToS.

l'opérateur[227], qu'elle peut subir des interruptions volontaires ou involontaires de la part de celui-ci[228] et que l'intégrité des données des utilisateurs ou du contenu généré par eux n'est pas garantie[229].

3. Administration des données des utilisateurs

153. Lorsque les utilisateurs créent un compte dans un univers virtuel, ils transmettent des informations personnelles à l'opérateur (*e.g.* l'âge, le genre ou l'appartenance religieuse[230]). Par la suite, en utilisant les applications de communication mises à disposition (*e.g.* la publication de statuts sur Facebook ou de message sur Twitter), ils partagent de façon continue de nouvelles informations personnelles.

154. Le principal modèle économique des univers virtuels consiste à traiter ces données dans le but de vendre de la publicité ciblée (dont la valeur est plus élevée que la publicité « standard ») à des tiers. En ce sens, les opérateurs favorisent le partage d'informations personnelles des utilisateurs en tant qu'elles représentent souvent leur source principale de revenus.

155. Le traitement des données personnelles par les opérateurs doit répondre à certains critères posés par la loi sur la protection des données[231].

4. Contrôle du respect et mise en œuvre du contrat par les utilisateurs ?

156. Un des buts des contrats d'utilisation d'un univers virtuel est de régler les rapports entre les utilisateurs[232], notamment par l'adoption de normes régissant le comportement que ceux-ci doivent adopter ou, lorsqu'il s'agit de

---

227 *E.g.* art. 1 par. 3 et 11.A Twitter ToS. La modification du service peut, dans certains cas, être accompagnée d'une modification de la description de celui-ci dans les conditions générales ; voir *infra*, N 411 ss.

228 *E.g.* art. 16.3 Facebook ToS.

229 *E.g.* art. 16.3 Facebook ToS ; art. 1.5 Second Life ToS.

230 Ceci est notamment le cas de Facebook.

231 Pour une analyse approfondie de ces règles, voir *infra*, N 395 ss.

232 NÄNNI (2009), p. 96 ; SPARROW, p. 32 s.

jeu comme World of Warcraft, de normes définissant les règles du jeu. Le but de ces normes est de promouvoir un environnement agréable pour tous les utilisateurs de la plateforme. Ainsi, la bonne ou mauvaise exécution du contrat par les utilisateurs est susceptible d'influencer l'usage d'autres utilisateurs. Un exemple typique est celui du « harcèlement »[233] : le harcèlement d'un utilisateur à l'encontre d'un autre utilisateur porte préjudice à ce dernier dans son usage de la plateforme et, par la même occasion, viole une clause du contrat qui le lie avec l'opérateur de l'univers virtuel[234].

157. Une affaire américaine offre un autre exemple pertinent dans ce cadre : *Hernandez v. Internet Gaming Entertainment*[235]. Les deux parties à cette procédure étaient des utilisatrices de World of Warcraft et n'étaient pas liées par un contrat. Hernandez a introduit une action visant à faire cesser l'activité d'Internet Gaming Entertainment (IGE) dont le but social était de générer et de « vendre » des biens virtuels aux utilisateurs de World of Warcraft[236]. Cette activité n'est pas autorisée par les conditions générales de la plateforme[237], mais n'est pas contraire au droit. Selon le plaignant, les actes d'IGE étaient de nature à déprécier la valeur des biens virtuels acquis jusque-là, ce qui entraînait une perte de temps et d'argent[238]. En tant que World of Warcraft est un jeu, la contravention d'IGE aux règles pourraient être comparée à de la tricherie[239]. Blizzard (opérateur de World of Warcraft) ne faisant pas valoir la violation des obligations contractuelles de l'utilisateur concerné, Hernandez a intenté action

---

233 Voir notamment l'art. 3.6 Facebook ToS.

234 Des moyens extra-contractuels, qui sortent du cadre de cette étude et n'y seront ainsi pas analysés, seraient également susceptibles de s'appliquer (*e.g.* en se fondant sur la LCD et/ou l'art. 28 CC).

235 *Hernandez v. Internet Gaming Entertainment*, Case No. 1:07-CIV-21403-JIC (U.S.D.C. S.D. Fla. 2008).

236 En version originale, cette entreprise était dans le « *business of generating and selling virtual assets* ».

237 « *Accordingly, you may not sell in-game items or currency for 'real' money, or exchange those items or currency for value outside of the Game* » (http://us.blizzard.com/en-us/company/legal/wow_tou.html).

238 RISCH (2009 II), p. 417 : « *This breach allegedly depleted available virtual gold and devalued virtual currency for third-party users, causing real world loss of use of the system, lost time spent prospecting virtual resources, and computer speed degradation* ».

239 RISCH (2009 II), p. 419.

en se fondant sur la théorie du contrat avec effet protecteur de tiers. L'affaire ayant été transigée à l'amiable le 26 août 2008, la situation juridique relative à cette théorie aux Etats-Unis n'est pas claire[240].

158. La question du contrôle du respect et de la mise en œuvre des conditions générales est abordée ici dans le cadre du droit des contrats[241], à l'exclusion de la question portant sur le contrôle de la licéité des contenus générés par des utilisateurs au regard du droit de la propriété intellectuelle[242].

159. Selon le principe de la relativité des contrats – qui veut que le contrat lie uniquement les parties à celui-ci – un utilisateur ne peut en principe pas agir, sur la base du contrat d'utilisation de l'univers virtuel, directement à l'encontre d'un autre utilisateur lorsque ce dernier viole les conditions d'utilisations de l'univers virtuel[243]. Ce principe suppose également que les droits et obligations ne provoquent des effets qu'à l'égard des parties au contrat, *i.e.* entre l'opérateur et chaque utilisateur.

160. Il est à noter que dans certaines hypothèses – *i.e.* lorsque la violation du contrat correspond également à un acte illicite – les utilisateurs ont un moyen autonome leur permettant de mettre en œuvre leur droit. Ceci est notamment le cas pour les droits de propriété intellectuelle qui, lorsqu'ils sont violés au

---

240 RISCH soutient – en se fondant sur le § 302 du *Restatement (Second) of Contracts (1981)* et son interprétation large dans une grande majorité des États américains – que la théorie du contrat avec effet protecteur de tiers (*Third party beneficiary doctrine*) est susceptible de s'appliquer dans les mondes virtuels (RISCH (2009 II), p. 415 ss). Pour la discussion focalisée sur l'application de cette théorie aux mondes virtuels : RISCH (2009 II), p. 422 ss. Cependant, *de lege lata*, seule une mention explicite d'un effet protecteur envers des tiers permet à ces derniers de se prévaloir de cette théorie, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (FAIRFIELD (2008), p. 450 ; RISCH (2009 II), p. 415 ; SITES/PEELE/FAIRFIELD, p. 32 s.).

Dans une perspective de droit suisse, la théorie du contrat avec effet protecteur de tiers n'a jamais été appliquée par le Tribunal fédéral et partage la doctrine (voir notamment CR CO I-THEVENOZ, art. 97 N 48 s. et les références citées en note 91).

241 Le sujet de la mise en œuvre du droit étatique et des contrats d'utilisation d'un univers virtuel – *i.e.* la gouvernance des univers virtuels – a fait l'objet de quelques études ; à ce propos, voir notamment MAYER-SCHÖNBERGER/CROWLEY, p. 1790 ss et SITES/PEELE/FAIRFIELD, p. 8 ss et 40 ss.

242 Le cas particulier de l'obligation de contrôle en vertu du droit de la propriété intellectuelle sera discuté dans le chapitre traitant de la responsabilité de l'opérateur pour la violation d'un droit d'auteur ou d'une marque commis par un utilisateur (*infra*, N 850).

243 Voir notamment l'art. 19.9 Facebook ToS et l'art. 12.C Twitter ToS.

sein d'un univers virtuel, entraînent à la fois la violation du contrat et la violation de la loi[244]. Les victimes de telles violations peuvent ainsi se fonder sur un droit de propriété intellectuelle pour agir soit directement à l'encontre de l'utilisateur qui commet la violation[245], soit à l'encontre de l'opérateur[246].

161. Pour déterminer si une obligation de mettre en œuvre le contrat incombe à l'opérateur, il convient de distinguer deux situations : celle où le contrat règle cette question (*i*) et celle où le contrat est muet à ce propos (*ii*).

i. Réglementation contractuelle

162. Les contrats d'utilisation d'un univers virtuel excluent, de manière générale, l'obligation (et la responsabilité) des opérateurs de faire respecter les règles d'utilisation par les utilisateurs[247]. Ceci s'explique du point de vue commercial en ce que cela engagerait l'opérateur à investir beaucoup de temps et d'argent dans la surveillance de la plateforme en raison du nombre important d'échanges opérés par les utilisateurs au sein de l'univers virtuel en question[248].

163. Ainsi – sauf à considérer que l'exclusion de la responsabilité de l'opérateur pour les violations du contrat commises par des tiers utilisateurs est nulle au sens de l'art. 100 al. 1 CO – les opérateurs n'ont pas l'obligation de mettre en œuvre le contrat vis-à-vis d'un utilisateur qui ne respecte pas ses obligations, en dépit du désagrément que cela pourrait causer aux autres utilisateurs de la plateforme.

---

244 NÄNNI (2009), p. 97 ; sur le principe de la double violation (contractuelle et de propriété intellectuelle), voir notamment ANTREASYAN/SAKKAL, p. 134.

245 Voir *infra*, N 535 ss concernant le droit des marques et N 707 ss pour le droit d'auteur.

246 Voir *infra*, N 811 ss.

247 Voir notamment les contrats de Facebook (art. 3 et 16.3), Twitter (art. 4), Second Life (art. 10.3) et World of Warcraft (art. 7) ; voir également NÄNNI (2009), p. 96 s. et SPARROW, p. 33. Il est à noter que les normes de comportement des utilisateurs sont généralement exprimées de manière abstraite, tel que l'art. 3.6 Facebook ToS : « vous n'intimiderez pas et n'harcèlerez pas d'autres utilisateurs » (en anglais : « *[y]ou will not bully, intimidate, or harass any user* »). Une telle formulation ne permet pas de conclure qu'une obligation incombe à l'opérateur.

248 DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 822 ; GLICKMAN/FINGERHUT, p. 53.

164. Selon l'art. 100 al. 1 CO, est nulle toute clause tendant à libérer le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave. Or, en l'espèce, il est difficile de concevoir un cas où l'exclusion de la responsabilité de l'opérateur pour les violations contractuelles des tiers utilisateurs constituerait une faute (ou négligence) grave[249]. Tout au plus, le fait de ne pas surveiller et de ne pas mettre en œuvre le contrat à l'égard des autres utilisateurs est assimilable à une faute (ou négligence) légère[250]. Par ailleurs, l'opérateur n'a pas l'obligation de mettre en œuvre le contrat à l'égard des utilisateurs en l'absence d'une clause excluant une telle obligation[251]. Ceci amène à la conclusion qu'en principe aucune faute ne peut être imputée à l'opérateur lorsqu'il s'abstient de mettre en œuvre le contrat à l'égard d'un utilisateur contrevenant au contrat[252].

ii. Absence de réglementation contractuelle

165. Le contrat d'utilisation d'un univers virtuel comportant des aspects du contrat de licence[253], on pourrait argumenter que – à l'instar de ce contrat innommé dans lequel le donneur de licence a l'obligation de maintenir l'usage et la valeur du droit[254] – l'opérateur doive prendre des mesures visant à garantir un

---

249 Dans la mesure où certains opérateurs permettent de notifier des violations contractuelles (voir notamment Facebook : https://www.facebook.com/help/263149623790594/), une faute grave est susceptible d'intervenir si l'opérateur en question est notifié d'une violation crasse des droits d'un utilisateur par un tiers utilisateur mais décide – intentionnellement – de ne pas réagir. L'absence d'intention ne saurait conduire à une négligence grave puisque celle-ci est analysée en fonction de « la diligence que le créancier était en droit d'attendre de son débiteur » (CR CO I-THEVENOZ, art. 100 N 15 ; voir également BaK OR I-WIEGAND, art. 100 N 6). En l'espèce, l'utilisateur (créancier) ne peut s'attendre à ce que l'opérateur (débiteur) réagisse à toute notification au vu du texte du contrat (qui exclut cette obligation), des usages professionnels et des règles de l'art (voir références *infra*, note 250).

250 Celle-ci est notamment définie comme « un manque de diligence peu important » qui s'apprécie en fonction des clauses du contrat, des usages professionnels et des règles de l'art (voir CR CO I-THEVENOZ, art. 100 N 15 et les références citées).

251 *Infra*, N 165 s.

252 Voir la définition de la faute légère, *supra*, note 241.

253 Voir *infra*, N 230 ss ; voir également NÄNNI (2009), p. 96.

254 TERCIER/FAVRE, N 7983, qui définisse cette obligation comme suit : « le donneur a l'obligation de prendre toutes les mesures qui sont nécessaires pour que le preneur puisse tirer profit du droit […]. Il peut aussi devoir intenter une action contre les tiers qui troublent l'usage du droit, puisqu'il en reste seul titulaire ».

usage conforme au contrat à tous les utilisateurs, notamment en mettant en œuvre les conditions d'utilisation à l'encontre de ceux qui ne les respectent pas[255].

166. Cependant, les conséquences de l'abstention de mise en œuvre du contrat d'utilisation d'un univers virtuel à l'égard des utilisateurs n'ont pas pour effet de leur en priver l'usage ni d'en diminuer la valeur, du moins pas dans des proportions aussi importantes que dans le cadre d'un contrat de licence « classique »[256]. D'une part, le fait que d'autres utilisateurs ne respectent pas le contrat ne prive pas la personne visée par de telles violations d'accéder et d'utiliser l'univers virtuel. L'usage de l'objet de la licence n'est par conséquent pas affecté par de telles violations. D'autre part, la valeur de l'objet de la licence est difficilement quantifiable dans la mesure où elle est consentie à titre gratuit et telle quelle (« *as is* »)[257].

167. Par conséquent, en l'absence d'une obligation formulée en ce sens dans le contrat d'utilisation d'un univers virtuel, l'opérateur n'a pas l'obligation de le mettre en œuvre à l'égard des autres utilisateurs[258].

B. Obligations de l'utilisateur

168. Quatre obligations incombant aux utilisateurs seront présentées ci-après : le paiement ou la contre-prestation (1) ; le respect des normes de comportement et des règles du jeu prévues par l'opérateur (2) ; la communication des informations personnelles d'identification correctes (3) ; et l'octroi d'une licence à l'opérateur portant sur le contenu généré (4).

---

255 NÄNNI (2009), p. 96.

256 TERCIER/FAVRE, N 7983. En guise de rappel, l'objet du contrat (et de la licence) est l'accès et l'utilisation d'une plateforme (voir *supra*, N 143 s.).

257 Voir par exemple l'art. 16.3 *in limine* Facebook ToS.

258 MAYER-SCHÖNBERGER/CROWLEY, p. 1802 ss, indique que la gouvernance efficace – *i.e.* la mise en œuvre des règles d'utilisation par l'opérateur d'un univers virtuel – constituerait un aspect appréciable pour les utilisateurs et ainsi un avantage concurrentiel. Cependant, force est de constater que ce n'est pas un critère déterminant pour les utilisateurs ; les univers virtuels les plus populaires ne prévoyant pas une telle gouvernance.

1. Paiement et/ou contreprestation

169. Lorsque l'univers virtuel est offert à titre onéreux, le paiement est une obligation importante des utilisateurs[259]. À l'instar des pratiques concernant les contrats de licences, les paiements peuvent intervenir de façon régulière ou en une fois[260].

170. De nombreux univers virtuels sont offerts à titre gratuit, mais il en existe des payants, par exemple le jeu World of Warcraft (pour lequel un logiciel est acheté et un abonnement mensuel doit être payé pour avoir accès à la plateforme de jeu en ligne) ou le réseau social LinkedIn (dont une utilisation totalement gratuite est possible, mais qui propose un abonnement mensuel payant pour bénéficier de fonctions supplémentaires).

171. Lorsque l'univers virtuel est offert à titre gratuit, la contre-prestation des utilisateurs réside, sauf exception, dans l'autorisation octroyée à l'opérateur d'utiliser les informations personnelles qu'ils publient dans un but commercial[261]. Cette obligation représente une clause essentielle du contrat.

2. Respect des règles d'utilisation

172. L'aspect social et d'interaction entre les différents utilisateurs d'univers virtuels constituant un facteur très important de l'usage de la plateforme, les opérateurs ont intérêt à prévoir des règles visant à régir le comportement de ceux-ci, avec pour objectif de maintenir des interactions cordiales et agréables pour tous. Ainsi, les contrats d'utilisation d'un univers virtuel contiennent tous ce genre de clauses, qui sont plus ou moins restrictives suivant le public visé[262]. Elles peuvent être subdivisées en deux catégories : les normes de comportement (*i*) et les règles du jeu (*ii*).

---

259 NÄNNI (2009), p. 104.

260 TERCIER/FAVRE, N 7958 ; NÄNNI (2009), p. 104.

261 Pour plus de détails sur les conditions du traitement des données personnelles des utilisateurs, voir *infra*, N 395 ss.

262 DURANSKE, p. 121.

i. Normes de comportement

173. Les normes de comportement sont en principe incluses dans un document contractuel séparé des conditions générales, mais incorporées à celles-ci par référence[263]. Elles visent à protéger à la fois les intérêts des autres utilisateurs[264] (*e.g.* l'interdiction de harceler, de tenir des propos discriminatoires ou de « *hacker* » le compte d'un tiers pour en obtenir l'accès), les intérêts de l'opérateur (*e.g.* l'interdiction d'utiliser la plateforme pour faire de la publicité non autorisée par l'opérateur) et les intérêts de tiers (*e.g.* l'interdiction de violer leurs droits de propriété intellectuelle)[265].

174. Lorsque l'accès à l'univers virtuel exige l'utilisation d'un logiciel, les contrats d'utilisation de celui-ci prévoient qu'ils ne peuvent pas être décompilés[266] ou revendus[267].

ii. Règles du jeu

175. Le respect des « règles du jeu » est une obligation contractuelle qui incombe aux utilisateurs de MMORPG. À titre d'exemple, la première limitation du contrat d'utilisation de World of Warcraft stipule que les joueurs n'ont pas le droit de « tricher »[268]. Cette obligation sera illustrée ci-dessous dans le cadre

---

263 DURANSKE, p. 120.

264 Sans pour autant mettre à la charge de l'opérateur une obligation de contrôle de celles-ci ; voir *supra*, N 156 ss.

265 DURANSKE, p. 120 ss ; NÄNNI (2009), p. 104 ss ; SPARROW, p. 31 s. Il est à noter que ces différents intérêts ne sont pas exclusifs ; *e.g.* l'interdiction de la violation des droits de propriété intellectuelle protège également les intérêts des utilisateurs et de l'opérateur.

266 NÄNNI (2009), p. 107, et les références citées. Cette clause entre en conflit avec l'exception au droit d'auteur qui concerne précisément la décompilation de logiciel (art. 21 LDA). La question du caractère impératif des restrictions au droit d'auteur peut ainsi être posée. Elle sera discutée *infra*, N 777.

267 NÄNNI (2009), p. 104.

268 Voir les conditions générales de Blizzard qui prévoient dans leur version originale anglaise : « *use cheats, automation software (bots), hacks, mods or any other unauthorized third-party software designed to modify the World of Warcraft experience* ». La tricherie est ainsi définie comme l'utilisation de moyens (listés dans la clause) modifiant « l'expérience World of Warcraft », *i.e.* contrevenant à l'esprit du jeu tel que créé par l'opérateur.

de l'affaire américaine *MDY v. Blizzard*[269] bien que celle-ci ait été résolue principalement en se fondant sur un moyen ressortissant au droit d'auteur.

176. MDY est une société américaine qui a développé un logiciel (« *bot* ») qui permet aux utilisateurs de World of Warcraft de jouer en mode « automatique ». Il permet aux joueurs qui l'utilisent de franchir les étapes du jeu plus rapidement, leur procurant un avantage par rapport aux autres joueurs[270]. Ce type de pratique est prohibée par les « règles du jeu » de World of Warcraft[271] dans le but de maintenir une égalité de traitement parmi les joueurs[272]. Blizzard (l'opérateur de World of Warcraft) a introduit une action à l'encontre de MDY pour complicité de violation du droit d'auteur sur son logiciel (*i.e.* le monde virtuel).

177. Dans un premier temps, une Cour du district d'Arizona a reconnu la complicité de MDY en tant que la violation de cette clause par les utilisateurs constituait une violation du droit d'auteur sur le logiciel[273]. Ce jugement a été remis en question lors de l'appel devant la Cour d'appel du 9ème district. Cette dernière a considéré que la violation de cette clause par les utilisateurs n'était pas propre à violer le droit d'auteur de Blizzard[274]. Elle a cependant reconnu que cela constituait un contournement des mesures techniques de protection[275] du jeu et ainsi renvoyé l'affaire à la Cour inférieure.

---

269 *MDY v. Blizzard*, 2011 U.S. App. LEXIS 3428 (U.S. CoA 9th cir. 2011).

270 Pour une description plus détaillée des faits, voir l'arrêt et la présentation de SPARROW, p. 115 ss.

271 Voir la clause citée en note 462.

272 *MDY v. Blizzard*, 2011 U.S. App. LEXIS 3428 (U.S. CoA 9th cir. 2011).

273 *MDY v. Blizzard*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 53988 (U.S.D.C. for the District Court of Arizona 2008) ; pour constituer une violation du droit d'auteur, l'acte de violation du contrat de licence doit également constituer une violation du droit d'auteur sur le logiciel, ce qui était le cas en l'espèce.

274 Le droit américain distingue deux types de clauses dans les contrats de licence (le contrat en question ayant été qualifié de tel) : les « *contractual covenants* » et les « *license conditions* » ; la violation du premier type de clauses n'entraînant pas la violation du droit d'auteur. Pour que tel soit le cas – *i.e.* pour que la clause soit qualifiée de « *license condition* » – celle-ci doit avoir un lien étroit avec le droit d'auteur concédé en licence : « *for a licensee's violation of a contract to constitute copyright infringement, there must be a nexus between the condition and the licensor's exclusive rights of copyright* » (*MDY v. Blizzard*, 2011 U.S. App. LEXIS 3428 (U.S. CoA 9th cir. 2011)).

275 Ce fait est punissable en vertu du DMCA (17 USCS § 1201 (a) (2)).

178. Il est intéressant de relever que Blizzard n'a pas agi contre les utilisateurs en ne résiliant pas leur contrat, mais a tenté de « tuer l'œuf dans la coquille » en s'attaquant directement au fournisseur du *bot*. Celui-ci n'étant pas partie au contrat d'utilisation, seul le moyen de violation du droit d'auteur était alors envisageable.

3. Informations personnelles d'identification correctes

179. Cela peut paraître original de prévoir que l'utilisateur ait l'obligation de fournir des informations personnelles d'identification correctes[276] dans la mesure où il est naturel qu'une partie à un contrat soit identifiée par son cocontractant. Dans le contexte d'Internet, il est cependant utile de le préciser tant il est usuel que des personnes s'enregistrent sur des sites sous une autre identité[277]. En effet, l'opérateur doit pouvoir identifier ses cocontractants[278]. A ce titre, il convient de préciser que cette obligation porte sur les informations qui sont transmises à l'opérateur et non pas nécessairement celles qui sont publiées de manière visible au public ou aux autres utilisateurs.

180. Ainsi, une clause contractuelle est généralement incluse dans les conditions générales des différents univers virtuels étudiés afin de prévoir cette obligation[279].

181. En l'absence d'une telle clause, l'obligation de fournir des informations personnelles d'identification correctes doit être reconnue de manière implicite. D'une part, le cocontractant (*i.e.* l'opérateur) doit pouvoir identifier les parties avec lesquelles il conclut un contrat et, d'autre part, certaines de ces

---

276 Ces informations sont : le nom, l'âge, le genre et le pays de résidence.

277 Voir notamment le Rapport du *Special Barometer* à destination de la Commission européenne « *Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union* » (Juin 2011) (http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_359_en.pdf).

278 NÄNNI (2009), p. 112 ; il est à noter que cette obligation est liée à celle de la contre-prestation lorsque l'accès à l'univers virtuel est offert à titre gratuit (voir *supra*, N 171). Pour un contre-exemple, voir le communiqué de presse du préposé à la protection des données de Hambourg qui prévoit qu'une utilisation de Facebook fondée sur un pseudonyme doit être autorisée : http://docs.dpaq.de/9391-2015-07-28-facebook_anordnung.pdf.

279 Voir par exemple l'art. 4.1 Facebook ToS et l'art. 3.1 Second Life ToS.

informations sont nécessaires pour assurer l'efficacité de la contre-prestation de l'utilisateur. En effet, l'autorisation octroyée par les utilisateurs à l'opérateur de traiter leurs données personnelles – qui constitue indirectement la source principale des revenus des opérateurs[280] – perdrait de sa valeur si les informations fournies n'étaient pas correctes.

4. Octroi d'une licence portant sur les droits liés au contenu généré par l'utilisateur

182. Cette obligation constitue une clause standard du contrat d'utilisation d'un univers virtuel[281] dont les conséquences juridiques seront abordées lors de la discussion des clauses qui portent sur le sort des droits de propriété intellectuelle ressortissant aux contenus générés par les utilisateurs[282].

183. En l'absence d'une telle obligation, une licence implicite[283] doit être reconnue en faveur des opérateurs pour la reproduction (lors de la copie sur le serveur (art. 10 al. 2 *lit*. a LDA)) et la mise à disposition (lors de l'affichage au sein de l'univers virtuel ou du navigateur Internet (art. 10 al. 2 *lit*. c LDA)) des contenus mis en ligne par les utilisateurs. A défaut, les opérateurs violeraient « automatiquement » ces droits (à condition que ces contenus soient des œuvres au sens de la LDA).

184. Une telle licence implicite doit être limitée aux droits qui sont nécessaires, du point de vue technique, pour que le système fonctionne[284]. De plus, elle doit

---

280 Voir *supra*, N 153 ss.

281 Voir par exemple l'art. 2.1 Facebook ToS, l'art. 5 Twitter ToS et l'art. 7.2 Second Life ToS.

282 Voir *infra*, N 372 ss.

283 Dans le cadre plus général des licences implicites octroyées par les utilisateurs d'Internet, voir notamment GILLIERON (2003), N 361.

284 Voir *infra*, N 372 ss, concernant les limites de la licence au bénéfice de l'opérateur sur le contenu mis en ligne par les utilisateurs qui est prévue dans les conditions générales. Il va sans dire que la licence implicite doit rester dans le cadre (notamment de durée) de ce qui est permis du point de vue des art. 27 al. 2 CC et 8 LCD.

être révoquée dès l'instant où l'utilisateur efface le contenu en question dans la mesure où la licence n'est plus nécessaire en un tel cas[285].

[285] Pour des raisons pratiques, il est nécessaire que les opérateurs prévoient contractuellement les conditions de l'octroi, de la durée et de l'objet de la licence, voir *infra*, N 372 ss.

Chapitre 3: Formation du contrat

185. Le contrat d'utilisation d'un univers virtuel est conclu sur Internet. Il consiste généralement en la création d'un compte utilisateur et la confirmation que ce dernier a lu et accepté les conditions générales et tous autres documents contractuels pertinents y rattachés[286].

186. L'acceptation du contrat (et des conditions générales et autres documents contractuels pertinents[287]) peut intervenir dans le navigateur Internet ou dans le logiciel utilisé pour se connecter à l'univers virtuel. Il s'agit, en principe, simplement d'un bouton « Accepter » que l'utilisateur doit cliquer pour s'inscrire[288].

187. Après avoir présenté les parties au contrat (A), ce chapitre se concentrera sur les questions de la conclusion de ce type de contrat (B) et de sa forme (C).

A. Parties au contrat et cas particulier des personnes morales et des personnes mineures

188. Le contrat d'utilisation d'un univers virtuel est conclu entre un opérateur (généralement une personne morale) et un utilisateur (qui peut être une personne physique ou une personne morale). Le plus fréquemment, l'utilisateur est une personne majeure qui, si elle a la capacité de discernement, peut valablement s'obliger contractuellement envers un tiers (opérateur *in casu*)[289], ce qui ne pose pas de difficultés particulières.

---

286 JANKOWICH, p. 9 ; NÄNNI (2009), p. 80 s. ; QUINN, p. 773 ; SITES/PEELE/FAIRFIELD, p. 7. Concernant l'intégration et la validité des conditions générales, voir *infra*, N 248 ss.

287 Pour la qualification de ces documents contractuels et de leur interrelation, voir *infra*, N 221 ss.

288 SITES/PEELE/FAIRFIELD, p. 9.

289 Art. 16-19 CC. Les conditions de la capacité de discernement sont analysées *infra*, N 208 ss.

189. Deux cas particuliers seront traités dans ce chapitre : celui des personnes morales utilisatrices d'univers virtuels (1) et celui des personnes mineures (2).

1. Personnes morales

190. Il est de plus en plus fréquent que les sociétés aient un « *social media department* » qui est chargé de gérer l'« identité virtuelle sociale »[290] de l'entreprise. Ainsi, lorsque les employés de ces départements (ou, pour les sociétés qui n'ont pas un tel département, des employés en charge de la gestion de l'« identité virtuelle sociale » de la société) concluent un contrat d'utilisation d'un univers virtuel, on doit se demander s'ils deviennent eux-mêmes parties au contrat ou s'ils engagent la personne morale qui les emploie. Dans ce cadre, on peut noter que les univers virtuels autorisent, de manière générale, la création de compte-utilisateur pour le compte d'une entreprise[291].

191. La question de l'inscription d'une personne morale par le biais d'un employé doit être distinguée de celle où l'employé ouvre un compte à son nom et pour son propre compte. Dans cette deuxième hypothèse, l'employé est la partie contractante et ainsi est titulaire du compte, même si la personne morale qui l'emploie y est mentionnée et mise en avant[292].

192. Deux situations sont envisageables dans le cadre de l'inscription d'une personne morale à un univers virtuel par le biais d'un employé : soit il agit en tant que représentant de celle-ci (*i*), soit en tant qu'organe (*ii*). Les obligations de l'employé vis-à-vis de son employeur, découlant de l'inscription et de la gestion d'un compte-utilisateur dans un univers virtuel, seront brièvement abordées en dernier lieu (*iii*).

---

290 Cette fonction comprend la création, le maintien et la gestion de compte utilisateur dans les univers virtuels.

291 Les conditions générales d'utilisation de Twitter (art. 1) et de Second Life (art. 2.4) le mentionnent expressément, alors que celles de Facebook ne prévoient rien à ce sujet. En revanche, les conditions générales de World of Warcraft (art. 1) prévoient que cette plateforme est exclusivement destiné à un usage non-commercial et pour le divertissement personnel de l'utilisateur, excluant ainsi clairement l'inscription de personnes morales.

292 Voir notamment l'arrêt américain suivant concernant la titularité d'un compte LinkedIn : *Eagle v. Edcomm*, Civ. Act. No. 11-4303 (U.S.D.C. E.D. Penn. 2013).

i. Inscription par un employé agissant comme représentant

193. Selon l'art. 32 al. 1 CO, « [l]es droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté ». Concernant l'étendue des pouvoirs du représentant, l'art. 40 CO renvoit à des dispositions spéciales, notamment l'art. 462 CO sur les mandataires commerciaux. Les pouvoirs des mandataires commerciaux « s'étendent à tous les actes que comportent habituellement cette entreprise ou ces opérations » (art. 462 CO *in fine*)[293] et peuvent leur être attribués de façon expresse ou tacite[294]. La création et la gestion de comptes utilisateurs sur des réseaux sociaux populaires (tels Facebook et Twitter) entrent manifestement dans le cadre de l'activité habituelle d'un employé chargé de la gestion de l'« identité virtuelle sociale » d'une société. Ils agissent ainsi en qualité de mandataires commerciaux et sont, au moins tacitement, autorisés à souscrire des contrats d'utilisation d'un univers virtuel au nom et pour le compte de la société qui les emploie. Cette personne morale devient alors directement partie au contrat par l'acte de son employé qui agit dans le cadre d'une représentation directe[295].

194. Cette solution doit être nuancée concernant la création et la gestion de comptes utilisateurs sur des réseaux sociaux spécialisés ou de moindre importance. En effet, si l'étendue des pouvoirs des employés (mandataires commerciaux) n'est pas clairement définie, c'est l'« activité spécifique d'une entreprise donnée [qui permettra] de déterminer ce qui fait partie de l'ordinaire ou, au contraire, en est exclu »[296]. À titre d'exemple, la création d'un compte sur World of Warcraft ne fait pas partie de l'activité ordinaire d'une entreprise de nettoyage ; tout comme la création d'un compte sur

---

293 CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 9.

294 Bien que cela ne soit pas mentionné à l'art. 462 CO, l'octroi des pouvoirs par actes concluants est soutenu par la doctrine (CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 7 ; BaK OR I-WATTER, art. 462 N 2) et la jurisprudence (ATF 81 II 60, JdT 1955 I 464).

295 Pour plus d'informations concernant la représentation directe, se référer notamment à CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 10 ss ; BaK OR I-WATTER, art. 32 N 12 ss.

296 CR CO I-CHAPPUIS, art. 462 N 9.

Second Life n'entre pas dans le cadre de l'activité ordinaire d'une entreprise de transport.

195. L'élément déterminant à considérer est l'utilité commerciale qu'une entreprise retirerait de sa présence dans un univers virtuel, notamment l'intérêt publicitaire et le gain en terme d'image. A défaut, l'employé n'agit pas dans le cadre des pouvoirs qui lui sont attribués. L'entreprise ne sera liée par les actes de son employé que si elle ratifie le contrat (art. 38 CO).

196. Par ailleurs, la question de la représentation se pose dans le contexte des sociétés qui n'ont pas de « *social media department* » et dans lesquelles aucun employé n'a pour tâche spécifique de gérer l'« identité virtuelle sociale » de la société. Il faudra alors évaluer si l'activité dans un univers virtuel se justifie compte tenu du but social de la société. Une participation dans les réseaux sociaux principaux (*e.g.* Twitter et Facebook) est justifiée tant ils sont devenus nécessaires pour assurer une présence médiatique des entreprises et un outil indispensable pour faire de la publicité, quel que soit le domaine d'activité de la société. Le critère de l'utilité commerciale proposé ci-dessus [297] est également applicable ici.

ii. Inscription par un organe de la personne morale

197. L'art. 55 al. 1 CC prévoit que la « volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes ». Cette notion comprend les organes formels (institués par la loi ou les statuts de la personne morale) et les organes de fait (établis par l'organisation effective de la personne morale)[298]. L'élément permettant de distinguer les organes d'une personne morale d'un employé, qui pourrait potentiellement agir en tant que représentant, est la compétence décisionnelle des premiers[299].

198. Selon le Tribunal fédéral, l'organe de fait doit « exercer une influence décisive sur la formation de la volonté sociale, durablement et dans un large cercle

---

297 *Supra*, N 194.

298 CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 21.

299 CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 24.

d'activités correspondant à une part importante du but social et excédant la simple gestion des affaires courantes »[300]. On peut déduire de cette définition qu'un employé sans autre pouvoir que de créer un compte-utilisateur ne pourra être présumé agir en tant qu'organe de la personne morale. Il n'en irait pas différemment dans l'hypothèse où une personne se voit attribuer la qualité d'organe par les statuts de la personne morale. En effet, le critère de la compétence décisionnelle doit tout de même être vérifié par le juge[301]. La position occupée au sein de la personne morale et l'influence sur celle-ci doit être importante pour qu'une personne se voie reconnaître la qualité d'organe[302].

199. Dans le cas où un organe ouvre un compte-utilisateur dans un univers virtuel, l'art. 55 al 2 CC prévoit que celui-ci oblige la personne morale par son acte. Il ne s'agit pas véritablement d'une représentation, mais les conséquences légales sont similaires[303].

iii. Obligations de l'employé

200. Selon l'art. 321*a* CO, l'employé a un devoir de diligence et de loyauté envers son employeur. Cela signifie qu'il doit accomplir son travail dans l'intérêt légitime de son entreprise[304]. À titre d'exemple, le comportement d'un employé qui utilise le compte-utilisateur de l'entreprise pour la dénigrer – ou, plus généralement, contrairement à l'intérêt légitime de cette dernière – doit être considéré comme déloyal et ainsi en contradiction avec l'art. 321*a* al. 1 CO.

201. L'art. 321*b* al. 2 CO prévoit que l'employé doit remettre « immédiatement à l'employeur tout ce qu'il produit par son activité contractuelle ». Cela signifie que l'employé devra communiquer à son employeur les données de connexion aux univers virtuels pour lesquels il a ouvert des comptes et ce au moment de

---

300 TF du 26 mars 2009, 4A_50/2009.

301 CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 23.

302 Pour des exemples, se référer à CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 25.

303 CR CC I-XOUDIS, art. 54/55 N 33.

304 Art. 321a al. 1 CO ; CR CO I-AUBERT, art. 321a N 6.

leur création. En outre, l'art. 339*a* al. 1 CO prévoit que « les parties se rendent tout ce qu'elles se sont remis pour la durée du contrat, de même que tout ce que l'une d'elles pourrait avoir reçu de tiers pour le compte de l'autre ». On peut se poser la question de savoir si l'employé devrait fournir d'autres informations que les données de connexion aux comptes d'univers virtuel dans la mesure où l'employeur y aura en principe accès en se connectant au compte. Néanmoins, il paraît opportun de préciser que toutes les informations relatives à l'activité de l'employé sur le compte-utilisateur de la société devraient être remises à l'employeur. CARRUZZO donne comme exemple de documents devant être remis à l'employeur : « les codes sources d'un logiciel, des plans, des calculs ou des esquisses »[305]. Cela démontre que la seule remise du résultat du travail ne suffit pas.

202. La question est plus délicate dans les cas où un employé ouvre un compte-utilisateur dans le cadre de son travail, lequel manifeste une affiliation à la société qui l'emploie mais ne constitue pas le compte « officiel » de celle-ci. Dans cette hypothèse, l'employé n'agit pas en tant que représentant de la société et son compte-utilisateur n'appartient pas à son employeur. L'utilisation de ce compte doit néanmoins se faire en respectant l'exigence de diligence et de loyauté imposée par l'art. 321*a* al. 1 CO. La restitution à la fin des rapports de travail (art. 339*a* al. 1 CO) n'implique pas la remise de ce compte à l'employeur. En revanche, le compte ne devra plus faire apparaître un lien entre l'ex-employé et l'entreprise dans laquelle il travaillait[306].

203. Les dispositions du droit du travail applicables ne permettent pas de dégager des règles claires et précises quant aux obligations des travailleurs en matière d'utilisation (et de restitution) des comptes-utilisateurs d'univers virtuels. Il est donc recommandé aux entreprises d'édicter des règles d'utilisation des

---

305 CARRUZZO, p. 54 ; sur la question du code source des logiciels, voir TF du 30 avril 1997, 4C.442/1996.

306 Cette hypothèse est susceptible de contrevenir au droit de la concurrence déloyale ou au droit des marques de l'ancien employeur (en fonction de l'existence et/ou des modalités d'usage de la marque en question).

réseaux sociaux au sein de l'entreprise. L'employé sera tenu de s'y conformer en vertu de son devoir de diligence et de fidélité (art. 321*a* al. 2 CO).

204. Une affaire américaine souligne l'importance de régler dans le détail les obligations des employés envers la personne morale, notamment lorsque le contrat de travail prend fin[307]. Dans cette affaire, Noah Kravitz, ancien employé de la société PhoneDog – qui avait résilié son contrat de travail (d'entente avec PhoneDog) – a continué d'utiliser (toujours d'entente avec PhoneDog) le compte Twitter qu'il utilisait précédemment dans le cadre de son travail (@PhoneDog_Noah). Ce compte Twitter, démontrant une affiliation avec la société, avait accumulé 17'000 *followers*[308]. À la suite de sa démission, Noah Kravitz a modifié le nom d'utilisateur du compte (@NoahKravitz). PhoneDog Media a intenté une action en dommages-intérêts, portant sur un montant de USD 340'000.–, en invoquant le fait que les *followers* du compte @PhoneDog_Noah constituaient une liste de clients qui lui appartenait.

205. La question de principe que pose cette affaire est intéressante : l'employeur est-il titulaire du compte-utilisateur d'un employé, dont le nom indique une affiliation à la société ? L'argument principal de PhoneDog consiste à dire que les *followers* du compte Twitter créé par Noah Kravitz étaient des clients et que ce dernier, en continuant d'utiliser ce compte après la cessation de son activité au sein de l'entreprise, avait en fait privé cette société de sa relation d'affaires avec ceux-ci. GOLDMAN doute de la pertinence de cet argument en considérant qu'il n'y a pas vraiment de relation commerciale entre une société et les *followers*[309]. Subsidiairement, PhoneDog invoque le fait que la perte de 17'000

---

307 L'affaire *PhoneDog v. Kravitz*, initiée le 15 juillet 2011 devant la *California Northern District Court* (dossier n° 3:2011cv03474), a été transigée en décembre 2012.

308 Les *followers* sont des utilisateurs de Twitter qui se sont inscrits au flux Twitter d'un autre utilisateur de Twitter, @PhoneDog_Noah en l'espèce.

309 Voir son article du 11 janvier 2012 « *An Update on PhoneDog v. Kravitz, the Employee Twitter Account Case* », publié à l'adresse suivante : http://blog.ericgoldman.org/archives/2012/01/an_update_on_th.htm.

followers la prive d'un certain revenu publicitaire, les annonceurs étant prêts à payer une somme plus importante lorsque leur nombre est important[310].

206. La situation serait différente si le compte en question était celui de la société et pas celui d'un employé. Dans ce cas-là, la question est réglée de façon plus aisée. En l'absence de solution juridique claire, il est recommandé aux entreprises de prévoir des règles internes spécifiques portant sur la titularité des comptes-utilisateur d'univers virtuels créés par les employés ainsi que sur la remise de ceux-ci (et/ou des contacts qu'ils contiennent) à l'employeur à la fin des rapports de travail.

2. Personnes mineures

207. Les univers virtuels n'étant (généralement) pas réservés à l'usage exclusif des personnes majeures, il convient de poser la question de la validité de ce contrat lorsque l'utilisateur est mineur. Cette question sera réglée par le droit suisse lorsque l'utilisateur en question a son domicile en Suisse (art. 35 LDIP)[311]. En effet, pour qu'un contrat produise ces effets, le droit suisse prévoit que les parties à celui-ci doivent jouir de l'exercice des droits civils (art. 19 al. 1 CC), soit qu'elles sont capables de discernement (art. 16 CC)[312].

208. La capacité de discernement, qui s'apprécie au cas par cas[313], suppose la faculté d'agir raisonnablement, soit la compréhension logique des « données essentielles de la réalité afin d'apprécier l'opportunité et la portée d'un acte »[314] et la faculté d'agir librement en fonction de cette « compréhension » sans subir une influence extérieure[315]. Une des causes légales d'altération de la

---

310 A ce titre, PhoneDog estime la valeur de chaque *follower* à USD 2.50 par mois (http://blog.ericgoldman. org/archives/2012/01/an_update_on_th.htm).

311 CR LDIP-BÜCHER, art. 35 N 1 ss. Par ailleurs, le domicile s'apprécie au moment de l'acte (soit la conclusion du contrat) et en application des principes définis par l'art. 20 LDIP (CR LDIP-BÜCHER, art. 35 N 1).

312 CR CO I-DESSEMONTET, art. 1 N 5 ; CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, art. 19 N 2.

313 CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, art. 16 N 51 ss.

314 CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, art. 16 N 14 ; voir également BaK ZGB-BUCHER, art. 16 N 44 ss.

315 ATF 124 III 5, JdT 1998 I 361 ; TF du 11 mars 2004, 5C.52/2003 ; voir également CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, art. 16 N 18 ss.

faculté d'agir raisonnablement est le jeune âge de l'enfant (art. 16 al. 1 CC). Cependant, aucune limite absolue n'a été posée, la maturité de l'enfant devant être constatée en relation avec l'acte en question[316]. En matière contractuelle, la capacité de discernement des jeunes enfants n'a pas fait l'objet de jurisprudence[317]. La doctrine recommande toutefois qu'elle soit admise pour des achats de peu d'importance, en termes financiers[318]. Cette proposition devrait être étendue à tous types d'actes peu importants.

209. Dans ce cadre, et même si un examen au cas par cas s'impose, la conclusion d'un contrat d'utilisation d'un univers virtuel n'est pas un contrat d'une telle importance qu'il faille exiger un âge trop élevé pour reconnaître la capacité de discernement d'un enfant. Ce d'autant moins que la doctrine considère comme des engagements importants l'achat d'un immeuble ou la conclusion d'un contrat à long terme[319], qui sont autrement plus importants qu'un contrat d'utilisation d'un univers virtuel.

210. Il est à noter toutefois qu'un contrat conclu par un mineur doit être ratifié par son représentant légal (art. 19 al. 1 CC) si le contrat en question crée des charges pour lui (art. 19 al. 2 CC), même si ce contrat est conclu à titre gratuit[320].

---

316 CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, art. 16 N 27 s.

317 CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, art. 16 N 29.

318 BaK ZGB-BUCHER, art. 16 N 69 ; CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, art. 16 N 29.

319 BaK ZGB-BUCHER, art. 16 N 69 ; CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, art. 16 N 29. Les contrats d'utilisation d'un univers virtuel sont des contrats de durée (*infra*, N 418 ss) et peuvent donc s'étendre sur une période relativement longue. Cependant, le fait qu'ils puissent être résiliés en tout temps par l'utilisateur (*infra*, N 418 ss) a pour effet de les exclure de la catégorie des « contrats à long terme » tels que présentés comme exemple par la doctrine précitée.

320 CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, art. 19 N 23 ; BUCHER, N 139. À ce propos, ces auteurs ont précisé que les termes « acquérir à titre gratuit » de l'art. 19 al. 2 CC doivent être compris dans un sens large et inclure également d'autres types d'acte. Pour plus d'information sur le moment et les effets de la ratification du représentant, se référer à CR CC I-WERRO/SCHMIDLIN, art. 19 N 4 ss et BUCHER, N 117 ss.

B. Conclusion du contrat

211. Le contrat d'utilisation d'un univers virtuel étant conclu sur Internet, celui-ci peut être rangé dans la catégorie des contrats conclus dans le commerce électronique. En effet, il faut conférer à la terminologie « commerce électronique » une conception large. Elle vise toutes transactions commerciales concernant des marchandises ou des services transmis ou reçus au moins en partie par Internet ou tous autres moyens électromagnétiques[321].

212. Le fait que certains univers virtuels soient offerts gratuitement (c'est le cas de tous les réseaux sociaux) ne retire pas le caractère commercial de leurs activités[322] : le consommateur ne paie pas directement, mais il permet à l'opérateur d'obtenir des revenus en vendant de la publicité[323].

213. Après la présentation des sources juridiques applicables à la conclusion de ces contrats (1), ce chapitre traitera de l'accord des volontés des parties (2).

1. Sources

214. Contrairement au droit de l'Union européenne qui s'est doté d'une « directive sur le commerce électronique[324] » visant spécifiquement à

---

321 Recommandation de la Commission fédérale de la consommation au Conseil fédéral du 7 décembre 1999 concernant le commerce électronique, ADC 2000 396, p. 397 ; Recommandation sur le commerce électronique, p. 2 ; voir également FAVRE-BULLE, p. 177.

322 Les réseaux sociaux sont explicitement inclus par la Commission européenne dans la définition du commerce électronique : « Le commerce électronique de biens […] et services (y compris le jeu en ligne) est donc inclus mais aussi les réseaux sociaux » (Communication CE sur le marché unique numérique, p. 1). Ce constat doit également s'étendre aux mondes virtuels qui adoptent généralement la même stratégie commerciale lorsqu'ils sont offerts gratuitement aux consommateurs.

323 Voir *supra*, N 67 ss.

324 Directive 2000/31 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.

réglementer les contrats conclus sur Internet, le législateur suisse n'a pas estimé utile d'en faire autant[325]. Selon le Conseil fédéral, le CO se distingue :

> « par une réglementation qui s'avère largement neutre du point de vue de la technique. Que des informations soient enregistrées ou communiquées sur papier ou sous forme électronique ne joue aucun rôle. Le prix de cette législation conçue de manière ouverte et très générale réside sans aucun doute dans le fait que de nombreuses questions soulevées par le commerce électronique doivent être tout d'abord résolues par la doctrine et la jurisprudence (lesquelles sont par ailleurs tout à fait en mesure de le faire) »[326].

215. Ainsi, le CO constitue en Suisse la source principale de droit en matière de contrat électronique (soit par extension également pour le contrat d'utilisation d'un univers virtuel), en particulier les articles 1 à 10 CO pour ce qui concerne sa conclusion. En outre, l'art. 3 al. 1 *lit.* s LCD pose quatre conditions – à remplir pour éviter d'agir de manière déloyale – aux personnes proposant des prestations au moyen du commerce électronique : (i) indiquer de manière claire et complète son identité et son adresse de contact, y compris pour le courrier électronique ; (ii) indiquer les différentes étapes techniques conduisant à la conclusion d'un contrat ; (iii) fournir les outils techniques appropriés permettant de détecter et de corriger les erreurs de saisie avant l'envoi d'une commande ; et (iv) confirmer sans délai la commande du client par courrier électronique.

2. Accord et manifestation des volontés

216. Selon l'art. 1 al. 1 CO, « le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté ». Ceci

---

325 Voir à ce propos l'avis du Conseil fédéral suite au rapport du 9 novembre 2004 de la Commission de gestion du Conseil national sur la protection du consommateur dans le commerce électronique: aspects contractuels et protection des données, FF 2006 693.

326 FF 2006 693, 700 ; une définition large du commerce électronique a également été retenue dans la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (qui est un instrument juridique international non contraignant) et dans la Directive 2000/31 (art. 9).

implique que le consentement réciproque doit porter à la fois sur l'existence et sur le contenu[327] de l'accord[328].

217. La manifestation de la volonté de l'utilisateur de conclure le contrat a lieu lorsque celui-ci clique sur le bouton « Accepter »[329]. Le Code des obligations n'imposant pas une forme particulière pour l'échange des volontés des parties, cela ne pose pas de difficulté qu'il intervienne sur Internet. La doctrine est unanime sur ce point[330].

218. On considère de manière générale que lorsqu'une personne clique sur une page Internet pour conclure un contrat, celle-ci n'accepte pas une offre, mais est elle-même l'offrante[331]. La doctrine majoritaire applique donc par analogie l'art. 7 al. 2 CO, rapprochant la proposition de contracter faite sur internet à l'envoi « de tarifs » ou « de prix courants »[332].

219. Ainsi, sous réserve de dispositions contractuelles contraires, le contrat est parfait au moment où l'offre de l'utilisateur (en cliquant sur le bouton de confirmation d'inscription) parvient à l'opérateur et que celui-ci l'accepte (en activant le compte-utilisateur).

C. Forme et articulation du contrat

220. Sous réserve d'une exigence de forme posée par la loi, le principe de la liberté de la forme du contrat est applicable en droit suisse (art. 11 al. 1 CO), les exceptions étant peu nombreuse et interprétées restrictivement par la

---

327 Le contenu de l'accord correspond à tous les documents, *i.e.* les conditions générales y comprises (voir *infra*, N 241 ss).

328 Pour plus d'informations à ce sujet, voir TERCIER/PICHONNAZ, N 562 ss.

329 SITES/PEELE/FAIRFIELD, p. 9 ; SPARROW, p. 25.

330 À ce propose, voir FAVRE-BULLE, p. 184 et WEBER (2010), p. 339 s.

331 FAVRE-BULLE, p. 185 s.; WEBER (2010), p. 341 s.

332 BaK OR I-BUCHER, art. 3 N 7 ; CR CO I-DESSEMONTET, art. 7 N 8 ; FAVRE-BULLE, p. 185 s. et les références citées en note 44 ; plus récemment, voir WEBER (2010), p. 341 s. et JÖRG, p. 283.

jurisprudence [333] . En conséquence, la forme électronique des contrats d'utilisation d'un univers virtuel n'est pas susceptible d'influencer leur validité (art. 11 al. 2 CO)[334].

221. Comme cela a été mentionné plus haut[335], les contrats d'utilisation d'univers virtuels sont généralement composés de plusieurs documents contractuels (*e.g.* les règles de « bonnes conduites » et celles régissant les données privées et la propriété intellectuelle). Il est donc nécessaire d'établir la relation entre ces documents et de les qualifier : s'agit-il de documents contractuels annexés au contrat principal (auquel cas il s'agira d'un contrat unique[336]) ou de plusieurs contrats ? Si la deuxième situation devait prévaloir, la question se poserait alors de savoir si ces contrats sont interdépendants (connexes) ou s'ils sont indépendants. Des questions importantes pourraient alors surgir, concernant notamment la fin du contrat.

222. La pratique actuelle des opérateurs d'univers virtuels[337] consiste à scinder les clauses de leur contrat par thématique. À titre d'exemple, les règles de protection de la propriété intellectuelle et des données privées font généralement l'objet de documents séparés du texte principal du contrat. Séparément, ces documents ne peuvent pas être considérés comme des contrats dans la mesure où les deux parties (l'utilisateur et l'opérateur) n'ont pas manifesté leur volonté d'être liés – uniquement – par ceux-ci[338]. Ces documents, qui contiennent une partie des clauses du contrat d'utilisation d'un univers virtuel, s'inscrivent dans le cadre d'un seul contrat. Le contrat

---

333 ATF 113 II 402, JdT 1988 I 67 ; ATF 116 II 117, JdT 1991 I 542 ; ATF 135 III 295. Pour de plus amples informations concernant l'art. 11 CO, notamment pour des exemples de contrat requérant une forme spécifique, se référer à BaK OR I-SCHWENZER, art. 11 N 1 ss et CR CO I-XOUDIS, art. 11 N 16 ss.

334 À ce propos, voir notamment FAVRE-BULLE, p. 184, JACCARD (1996), p. 245, NETZLE/HAYER, p. 569 s. et WEBER (2010), p. 347 s.

335 *Supra*, N 139.

336 Selon la terminologie de THEVENOZ et DE WERRA (CR CO I-THEVENOZ/DE WERRA, Intro. art. 184-529 N 15). Ces auteurs précisent encore qu'un contrat unique comporte fréquemment plusieurs documents.

337 Notamment Facebook, Twitter, Linden Lab (Second Life) et Blizzard (World of Warcraft).

338 Art. 1 al. 1 CO ; d'un point de vue général, voir TERCIER/PICHONNAZ, N 562 ss.

d’utilisation d’un univers virtuel est ainsi un contrat unique qui combine différents types d’obligations contenues dans plusieurs documents.

Chapitre 4: Qualification du contrat

223. Le contrat d'utilisation d'un univers virtuel est celui par lequel un opérateur[339] met à disposition d'un grand nombre d'utilisateurs[340] l'accès et l'usage d'une plateforme (un logiciel ou un set d'applications)[341] à distance par le biais d'Internet[342] qui leur permet notamment d'échanger des données et des contenus qu'ils ont créés[343]. En contrepartie de cette prestation, les utilisateurs s'acquittent d'un prix et/ou autorisent l'opérateur à administrer leurs données personnelles et à les utiliser à des fins commerciales[344]. De plus, ils concèdent une licence à l'opérateur sur le contenu qu'ils téléchargent et/ou échangent dans l'univers virtuel (licence croisée)[345].

224. Ainsi qu'il a été exposé dans le deuxième chapitre de cette partie[346], les obligations de l'opérateur et des utilisateurs peuvent être résumées comme suit :

- accès (à distance) à la plateforme et licence d'utilisation sur celle-ci (opérateur) ;
- disponibilité et maintenance de la plateforme et hébergement des contenus téléchargés et/ou publiés par les utilisateurs (opérateur) ;
- administration des données des utilisateurs (opérateur) ;
- licence sur le contenu téléchargés et/ou partagés (utilisateurs) ;
- paiement et/ou contreprestation (utilisateurs) ;

339 *Supra*, N 188.
340 *Supra*, N 30, 32 et 189 ss.
341 *Supra*, N 143.
342 *Supra*, N 24 et 32.
343 *Supra*, N 30 et 32.
344 *Supra*, N 153 et *infra*, N 395 ss.
345 *Supra*, N 182 ss.
346 *Supra*, N 145 ss.

- respect des règles d'utilisation (utilisateurs) ;
- informations personnelles d'identification correctes et autorisation d'utiliser les données personnelles (dans un but commercial en ce qui concerne les réseaux sociaux) (utilisateurs).

225. Ce contrat est imprégné du contrat de licence, pour deux raisons : sa prestation caractéristique est le droit d'accès et d'usage portant sur la plateforme octroyé par l'opérateur aux utilisateurs (licence improprement dite) et l'une des contreparties des utilisateurs consiste en l'octroi d'une licence (proprement dite) à l'opérateur relative aux droits de propriété intellectuelle qu'ils téléchargent et/ou échangent dans l'univers virtuel.

226. Par ailleurs, les caractéristiques (i) d'accès à distance, (ii) de mise à disposition d'un logiciel ou d'un set d'applications, (iii) d'hébergement des données et des contenus et (iv) de maintenance de la plateforme rapprochent le contrat d'utilisation d'un univers virtuel du contrat d'« *Application Service Provider* » (ASP).

227. En revanche, les obligations relatives au respect des règles d'utilisation (*i.e.* de comportement) par les utilisateurs et l'autorisation qu'ils octroient à l'opérateur d'utiliser leurs données personnelles (souvent dans un but commercial) distinguent le contrat d'utilisation d'un univers virtuel des contrats de licence et ASP.

228. Ainsi, seront présentés le contrat de licence (A) et le contrat ASP (B) avant de qualifier le contrat d'utilisation d'un univers virtuel (C).

229. Bien qu'il existe des différences entre les contrats d'utilisation d'un univers virtuel – notamment entre ceux qui concernent les réseaux sociaux et ceux qui se rapportent aux mondes virtuels ou aux MMORPG[347] – une qualification

[347] La différence principale étant entre les plateformes dont l'accès et la mise à disposition sont offerts à titre gratuit et ceux qui le sont à titre onéreux. Une autre différence réside dans l'étendue de l'exploitation des données personnelles des utilisateurs.

juridique unique peut être proposée[348]. En effet, l'objet et les obligations sont sensiblement les mêmes[349].

A. Contrat de licence

230. Le contrat de licence est un contrat innommé *sui generis* « par lequel une personne donne à une autre le droit d'utiliser, en tout ou en partie, un droit immatériel sur lequel elle a l'exclusivité contre versement d'une rémunération, appelée la redevance (ou 'royauté') »[350]. Ainsi, la prestation caractéristique consiste en la concession d'usage d'un droit immatériel[351] contre paiement[352].

231. HILTY adopte une définition du contrat de licence plus large, fondée sur cinq critères caractéristiques[353], notamment en rapport avec son objet – qui peut être un droit immatériel exclusif ou un monopole de fait (*e.g.* le savoir-faire ou des informations dont l'accès est limité par des moyens techniques)[354] – ainsi qu'avec la contreprestation du preneur de licence qui peut revêtir la forme

---

348 A ce titre, il est important de noter que la qualification du contrat d'utilisation d'un univers virtuel porte sur l'accès et la mise à disposition de la plateforme et non sur le logiciel installé sur l'ordinateur de l'utilisateur qui est parfois requis pour accéder à dite plateforme ; voir *supra*, N 144.

349 La différence principale réside en la forme de la contre-prestation du preneur de licence ; *supra*, N 169 ss.

350 TERCIER/FAVRE, N 7950. TERCIER & FAVRE indiquent également que la « diversité des objets établit déjà que le contrat de licence est un terme générique regroupant de nombreux types présentant chacun des spécificités propres » et que d'autres éléments s'ajoutent fréquemment aux obligations nécessaires (ou caractéristiques) du contrat de licence (TERCIER/FAVRE, N 7957 et N 7962) ; voir également PROBST (2013), N 4 ss.

351 TERCIER/FAVRE, N 7953 ss.

352 TERCIER/FAVRE, N 7958 ss.

353 HILTY (2001), p. 6 s.

354 HILTY (2001), p. 44 ss. HILTY prend comme exemple les bases de données d'informations disponibles sur Internet moyennant l'autorisation d'accès (*i.e.* la licence). Cet exemple peut être transposé à l'accès à une plateforme tel un univers virtuel. Il est à noter que TERCIER & FAVRE reconnaissent également qu'un contrat de licence peut porter sur des droits non-exclusifs tels que le savoir-faire (TERCIER/FAVRE, N 7956). Du même avis, PROBST (2012), p. 112 s., qui désigne les licences dont l'objet n'est pas un droit exclusif de propriété intellectuelle les « licences improprement dites » qui peuvent porter notamment sur les informations protégées par des moyens techniques.

d'un ou plusieurs paiements en argent ou toutes autres formes, notamment à titre gratuit[355].

232. L'univers virtuel – en tant que logiciel ou set d'applications – est susceptible de protection par le droit d'auteur[356]. Cependant, même à considérer que l'univers virtuel en question ne soit pas protégé par le droit d'auteur, l'opérateur est au bénéfice d'un monopole de fait (l'accès à l'univers virtuel est protégé par des moyens techniques) qui peut constituer l'objet d'un contrat de licence improprement dite[357].

233. Par conséquent, la prestation caractéristique des contrats d'utilisation d'un univers virtuel constitue une licence. De plus, la licence croisée qui est concédée par les utilisateurs à l'opérateur renforce l'empreinte marquée du contrat de licence sur ces contrats.

B. Contrat ASP

234. Le contrat ASP est un contrat innommé bilatéral de durée par lequel une partie fournit à une autre l'accès à distance à une ou plusieurs applications informatiques contre paiement[358]. D'autres prestations accessoires peuvent également être offerte par le fournisseur, notamment l'hébergement et l'administration de données[359].

235. En tant que la prestation caractéristique des contrats ASP est une licence d'utilisation d'un ou plusieurs logiciels [360] et que d'autres obligations

---

355 HILTY (2001), p. 485 s. ; voir également VON BÜREN, p. 287.

356 Voir *infra*, N 681 ss.

357 HILTY (2001), p. 44 ss ; PROBST (2013), N 24 ; PROBST (2012), p. 113 ; voir également *supra*, note 354.

358 FRÖHLICH-BLEULER, N 2403 ss ; JACCARD (2005), p. 154 ; JÖRG, p. 289.

359 FRÖHLICH-BLEULER, N 2431 ss. Pour une présentation plus détaillées des obligations des parties au contrat ASP, voir notamment FRÖHLICH-BLEULER, N 2397 ss et JÖRG, p. 311 ss.

360 JACCARD (2005), p. 154 ; JÖRG, p. 311.

spécifiques s'y ajoutent, une partie de la doctrine qualifie le contrat ASP de contrat innommé avec des aspects du contrat de licence[361].

236. Le contrat d'utilisation d'un univers virtuel remplit quatre des cinq caractéristiques principales du contrat ASP[362]. En effet, l'univers virtuel consiste en un logiciel ou un set d'applications informatiques dont l'accès et l'utilisation sont offerts par l'opérateur aux utilisateurs qui s'y connectent à distance. En revanche, la contreprestation des utilisateurs ne consiste le plus souvent pas en un paiement à l'opérateur.

C. Contrat *sui generis* d'utilisation d'un univers virtuel

237. La prestation caractéristique du contrat d'utilisation d'un univers virtuel est la licence portant sur l'accès et l'utilisation de l'univers virtuel[363]. Certains éléments du contrat ASP sont également présents, notamment l'accès et l'utilisation qui sont effectués à distance par le biais d'Internet. De plus, il intègre des aspects spécifiques : des contreprestations particulières – *i.e.* une licence croisée portant sur le contenu généré par les utilisateurs[364] et (souvent) l'autorisation de traiter les données personnelles des utilisateurs à des fins commerciales[365] –, le respect des règles d'utilisation (de comportement) par les utilisateurs et le fait que ce type de contrat est destiné à être utilisé par un grand nombre d'utilisateurs.

---

361 BERGER, p. 673 ; JACCARD (2005), p. 166. Voir également JACCARD/ROBERT, p. 102, qui soutiennent que « le contrat de licence […] semble particulièrement approprié pour les contrats de fourniture de services d'applications ». Des éléments du contrat de bail et du contrat d'entreprise sont également présent ; voir notamment JÖRG, p. 293 ss, pour une analyse détaillée de la nature juridique du contrat ASP.

362 *Supra*, N 234.

363 *Supra*, N 230 ss.

364 *Infra*, N 372 ss.

365 *Supra*, N 153 ss, et *infra*, N 395 ss.

238. Ces aspects spécifiques peuvent être considérés comme des accessoires du contrat ASP[366] dans la mesure où ils n'influencent pas la qualification de ce dernier[367]. Le contrat d'utilisation d'un univers virtuel constitue ainsi une forme particulière du contrat ASP qui est lui-même fortement imprégné du contrat de licence.

239. Par conséquent, le contrat d'utilisation d'un univers virtuel se définit comme (1) un contrat innommé *sui generis* bilatéral de durée[368] (2) qui porte sur l'accès et l'utilisation (3) d'un logiciel ou d'un set d'applications (*i.e.* un réseau social ou un monde virtuel) (4) offerts par un opérateur à un grand nombre d'utilisateurs (5) dont la contreprestation peut consister en paiements périodiques ou, plus souvent, en l'autorisation octroyée à l'opérateur de traiter leurs données personnelles dans un but commercial.

240. Par ailleurs, le contrat d'utilisation d'un univers virtuel est conclu sous la forme de conditions générales[369]. Il constitue ainsi un contrat de masse. A ce propos, un tribunal français a utilisé le terme « contrat d'adhésion » pour définir le contrat qui lie la société Facebook à ses utilisateurs dans la mesure où les conditions d'utilisation sont dictées par elle[370].

---

366 Sur les caractéristiques accessoires des contrats ASP, voir notamment FRÖHLICH-BLEULER, N 2431 ss et JACCARD (2005), p. 157 s.

367 Voir *supra*, N 235.

368 NÄNNI (2009), p. 85.

369 Voir *infra*, N 241 ss.

370 *Sébastien R. c. Facebook*, arrêt du 23 mars 2012 de la Cour d'appel de Pau 1ère chambre, n° 12-1373.

Chapitre 5: Conditions générales

241. Le contenu des contrats d'utilisation d'un univers virtuel est constitué des conditions générales et d'autres documents contractuels – tels que des règles de comportement, des règles relatives à la protection des droits de propriété intellectuelle ou des règles relatives au respect des données personnelles par exemple[371] – auxquels il est fait renvoi sur la page d'inscription. Ainsi, la relation contractuelle est régie par des normes standardisées comprises dans les conditions générales et les documents précités.

242. Dans un premier temps, la notion juridique des conditions générales sera présentée et confrontée aux divers documents contractuels rattachés aux contrats d'utilisation des univers virtuels (A). Il s'agira en fait d'examiner si les diverses règles applicables aux conditions générales s'appliquent également à de tels documents. Dans un deuxième temps, les règles sur l'intégration des conditions générales seront présentées (B). Les règles relatives à la validité des conditions générales et en particulier concernant les limites découlant de la protection des consommateurs contre les clauses abusives feront l'objet du troisième sous-chapitre (C). La quatrième partie analysera quelques clauses spécifiques généralement incluses dans les contrats d'utilisation d'un univers virtuel (D).

A. Notion

243. En principe (dans l'esprit du législateur originel du Code des obligations), un contrat est supposé être négocié individuellement[372]. Les conditions générales permettent de rationaliser les coûts de négociation et de rédaction des contrats individuels car elles sont préparées à l'avance par l'une des parties qui les

371 À ce propos, voir NÄNNI (2008), N 35.

372 TERCIER/PICHONNAZ, N 858.

utilise ensuite dans un grand nombre de relations contractuelles[373], notamment les contrats conclus avec les consommateurs.

244. Le législateur n'a pas donné de définition des conditions générales. TERCIER et PICHONNAZ les définissent comme des « clauses contractuelles préformulées ('standardisées') qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats »[374]. Les deux critères – la préformulation et le caractère général (ou standard) – impliquent que les clauses des conditions générales ne sont pas négociées individuellement[375].

245. D'un point de vue terminologique, la doctrine se réfère aux conditions générales au moyen de diverses expressions :

- En français : contrat d'adhésion, contrat standard, contrat type[376] ou contrat de masse[377] ;
- En allemand : *Allgemeine Geschäftsbedingungen* ou *Reihen-*, *Serien-*, *Massenverträge*[378] ;
- En anglais : *adhesion contract*[379], *standard form contracts*[380], *Terms of Service* (ToS) ou, pour les licences conférées aux utilisateurs finals d'un service, *end user license agreement* (EULA)[381].

246. Par ailleurs, pour se référer précisément aux contrats conclus sur Internet et se bornant à renvoyer à des conditions générales préformulées (typiquement le

---

373 BaK OR I-BUCHER, art. 1 N 47 ; CR CO I-DESSEMONTET, art. 1 N 166 ; FORNAGE/PICHONNAZ, p. 285 ; JUNOD MOSER, p. 7 ; TRAN, p. 485 ; WEBER (2010), p. 349.

374 TERCIER/PICHONNAZ, N 860 ; voir également la définition de FORNAGE, N 939 ss, MARCHAND (2012), p. 139 ss et PICHONNAZ (2008), p. 383.

375 Voir notamment TF du 28 novembre 2002, 4P135/2002 ; voir également les commentaires de PICHONNAZ (2008), p. 383 et FORNAGE, N 939 ss.

376 JUNOD MOSER, p. 1.

377 FAVRE-BULLE, p. 188.

378 BaK OR I-BUCHER, art. 1 N 48.

379 QUINN, p. 759.

380 BaK OR I-BUCHER, art. 1 N 48.

381 Cette terminologie, constituant un type spécifique de conditions générales, qualifie en principe les contrats standards de licence de logiciel, mais son utilisation a dépassé ce cadre-là et s'est étendue aux conditions d'utilisation de sites Internet.

cas pour les contrats d'utilisation d'un univers virtuel), la doctrine américaine utilise des termes spécifiques (*click-wrap, shrink-wrap, browse-wrap license*[382]) qui ont été repris par certains auteurs de la doctrine suisse[383].

247. À l'aune de cette définition, les documents contractuels auxquels les opérateurs d'univers virtuels renvoient constituent des conditions générales. En effet, il s'agit de clauses préformulées, abstraites (standardisées), qui décrivent les droits et obligations des parties au contrat et qui ne font jamais l'objet de négociation individuelle. Le fait qu'il existe généralement plusieurs documents contractuels en plus d'un document principal ne pose pas de problèmes quant à la qualification juridique de ceux-ci. Ils composent un seul contrat[384]. Aussi, par souci de clarté, la terminologie « conditions générales » pourra être utilisée dans ce travail comme expression générique englobant les documents précités.

B. Intégration

248. Les conditions générales n'ont pas de portée propre. Elles déploient leurs effets à la condition qu'elles soient valablement intégrées (ou incorporées) au contrat[385].

249. Dans un premier temps, les conditions d'intégration des conditions générales seront exposées (1) pour ensuite discuter leur mise en œuvre pratique, notamment au regard de certains opérateurs d'univers virtuels (Second Life, Facebook, Twitter et World of Warcraft) (2).

---

382 Voir par exemple LASTOWKA (2010), p. 92 et QUINN, p. 775.

383 Voir notamment NÄNNI (2008), N 27 s.

384 Pour une discussion plus détaillée de ce point, voir *supra*, N 220 ss.

385 BaK OR I-BUCHER, art. 1 N 52 ; FAVRE-BULLE, p. 188 ; FORNAGE, N 954 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 869.

1. Conditions

250. Trois conditions doivent être respectées afin que les conditions générales soient valablement intégrées au contrat : les parties doivent s'accorder sur leur intégration (*i*), elles ne doivent pas inclure de clauses insolites (*ii*) et doivent être lisibles (*iii*).

i. Accord des parties

251. Le principe fondamental de l'autonomie de la volonté en droit des contrats s'applique à l'intégration des conditions générales : les parties doivent s'accorder sur l'intégration de celles-ci à leur relation contractuelle[386]. Ceci implique en principe que les conditions générales soient expressément mentionnées dans l'accord de base et qu'elles soient accessibles au moment de la conclusion du contrat[387]. La partie qui manifeste son accord pour un contrat faisant expressément référence à des conditions générales sera liée par celles-ci au même titre que si elle avait manifesté son accord directement en relation avec ces conditions générales[388].

252. Pour un contrat conclu sur Internet, cela signifie que le client doit pouvoir accéder aux conditions générales et les afficher sur son écran au moment de conclure le contrat[389], par exemple en cliquant sur un lien sur la page de création d'un compte utilisateur.

253. Par ailleurs, l'intégration est dite globale dans la mesure où toutes les clauses des conditions générales sont intégrées au contrat même si elles n'ont pas été effectivement consultées ou comprises par l'utilisateur[390].

---

386 BaK OR I-BUCHER, art. 1 N 52 ; CR CO I-DESSEMONTET, art. 1 N 169 ; FORNAGE, N 954.

387 TF du 1er juillet 2013, 4A_86/2013 (la disponibilité des conditions générales par fax n'est pas suffisante pour satisfaire à ce critère) ; ATF 119 II 443 ; ATF 109 II 452, JdT 1984 I 470 ; BaK OR I-BUCHER, art. 1 N 52 ; CR CO I-DESSEMONTET, art. 1 N 171.

388 ATF 119 II 443.

389 TF du 1er juillet 2013, 4A_86/2013 ; FORNAGE, N 955.

390 ATF 119 II 443 ; ATF 109 II 452, JdT 1984 I 470 ; CR CO I-DESSEMONTET, art. 1 N 173 ; FORNAGE, N 956 ; PICHONNAZ (2008), p. 390.

ii. Absence de clauses insolites

254. La validité de l'intégration des conditions générales est également limitée par la règle de l'insolite, qui découle du principe de la confiance[391]. Cette règle prévoit que si une clause est insolite, elle est réputée « non écrite », *i.e.* pas intégrée au contrat[392]. La doctrine considère à juste titre que cela introduit un contrôle au fond et pas uniquement formel des conditions générales[393]. La règle de l'insolite est appliquée par le juge *in concreto* en adoptant le point de vue de la partie qui adhère aux conditions générales[394] et en application des deux critères suivants.

255. Premièrement, la partie n'ayant pas rédigé les clauses doit être inexpérimentée ou faible[395] de manière reconnaissable pour son cocontractant[396]. Ce critère permet de prendre en considération le déséquilibre entre les parties, sans protéger spécifiquement le consommateur et, ainsi, sans exclure d'emblée les entreprises[397]. Ce premier critère pose problème dans le contexte d'Internet dans la mesure où le contrat est conclu à distance de façon automatique et ainsi l'inexpérience ou la faiblesse de la partie contractante n'est pas reconnaissable par l'opérateur. Il est dès lors nécessaire d'introduire une présomption d'inexpérience (ou de faiblesse) en faveur de l'utilisateur d'un univers virtuel[398].

256. Deuxièmement, en plus du critère subjectif précédent, un critère objectif exige – pour qu'une clause soit qualifiée d'insolite – qu'elle « modifie de manière

---

391 ATF 119 II 443 ; CR CO I-DESSEMONTET, art. 1 N 176. Dans l'ATF 122 III 373 c. 3a, JdT 1997 I 350, le Tribunal fédéral fonde la règle de l'insolite sur l'art. 2 al 2 CC ; voir également FORNAGE, N 960.

392 ATF 119 II 443.

393 Voir notamment FORNAGE, N 965 et 967.

394 ATF 119 II 443.

395 ATF 135 III 1 ; ATF 119 II 443 ; voir également FORNAGE, N 962.

396 FORNAGE, N 962.

397 Cette notion de déséquilibre entre les parties sera à nouveau discutée plus loin sous l'angle de l'art. 8 LCD, *infra* N 349 ss.

398 Cette présomption pourra être renversée, notamment lorsque la partie qui adhère au contrat d'utilisation d'un univers virtuel est une société.

essentielle la nature ou sort[e] notablement du cadre légal d'un type de contrat »[399]. En outre, plus « une clause porte atteinte aux intérêts juridiques du contractant, plus il se justifie de la considérer comme insolite »[400]. Une clause peut également être considérée comme insolite en fonction de la systématique des conditions générales, notamment si celle-ci est « dissimulée » dans un document comportant 190 clauses et 61 pages[401].

257. Lorsqu'une clause est réputée insolite, la partie qui a rédigé les conditions générales doit expressément y rendre attentif son cocontractant, notamment par un procédé de mise en évidence (gras, souligné, caractères majuscules, surbrillance)[402]. Pour les parties particulièrement inexpérimentées, il est nécessaire d'obtenir un accord spécifiquement pour cette clause[403], par exemple en requérant de l'utilisateur qu'il coche une case à côté de la clause en question pour confirmer qu'il l'accepte.

iii. Lisibilité

258. Enfin, les conditions générales ne sont pas soumises à une forme particulière, sous réserve de l'exigence de lisibilité[404] (ou de transparence[405]), dernière condition de leur intégration. Cette condition a été mise en œuvre dans un arrêt de principe dans le cadre d'une affaire où les conditions générales contenaient une clause de prorogation de for élisant un tribunal autre que celui du juge naturel du cocontractant, clause qui n'était pas mise en évidence[406]. *In casu*, le Tribunal fédéral a déclaré nulle la clause élisant la compétence d'un tribunal de Zurich alors que le contractant (adhérant aux conditions générales) résidait à Saint-Gall.

---

399 ATF 119 II 443 ; ATF 109 II 452, JdT 1984 I 470.

400 ATF 119 II 443 ; ATF 109 II 452, JdT 1984 I 470.

401 ATF 109 II 452, JdT 1984 I 470.

402 FORNAGE, N 966.

403 FORNAGE, N 964 et 966.

404 ATF 119 II 443.

405 FORNAGE, N 945.

406 ATF 104 Ia 278, JdT 1979 I 154.

259. Plus généralement, la partie qui a préparé les conditions générales doit rendre son cocontractant attentif à toute clause si celui-ci « n'est pas rompu aux affaires » (*e.g.* en la faisant apparaître en caractère gras ou majuscule ou en la mettant en évidence de par son emplacement[407]).

260. Si un doute apparaît quant au sens d'une clause des conditions générales[408], le juge procédera à une interprétation subjective de celle-ci afin de déterminer la volonté des parties[409]. À défaut, il interprétera la clause de façon objective, selon la théorie de la confiance[410]. S'il subsiste encore un doute, le juge interprétera la clause en défaveur de son rédacteur[411].

261. Une clause inéquitable peut donc valablement être intégrée aux conditions générales. Dans ce cas, la question se posera de savoir si celle-ci est abusive[412].

262. Enfin, la question de la langue des conditions générales peut être abordée dans le cadre du critère de lisibilité[413]. La doctrine considère que la langue doit être comprise du destinataire[414] ou être celle du « lieu de consommation »[415]. Dans le contexte des univers virtuels, il faut dès lors considérer que les conditions générales satisfont le critère de la langue (lisibilité) lorsqu'elles sont rédigées dans la langue de l'univers virtuel en question ou dans une langue comprise par les utilisateurs. Lorsque les conditions générales sont disponibles dans l'une de ces langues, mais que le contrat prévoit que seule la version anglaise fait foi[416], les règles sur l'interprétation décrites au paragraphe précédent permettent au juge de réparer d'éventuels problèmes de traduction.

---

407 CR CO I-MORIN, art. 1 N 177.

408 Ou, de manière générale, à l'égard d'une clause d'un contrat.

409 ATF 135 III 410, SJ 2009 I 429.

410 ATF 135 III 410, SJ 2009 I 429.

411 *Sébastien R. c. Facebook*, arrêt du 23 mars 2012 de la Cour d'appel de Pau 1ère chambre, n° 12-1373 ; pour de plus amples informations concernant l'interprétation des clauses contractuelles peu claires, se référer à FORNAGE, N 946 ss.

412 Cette question sera traitée *infra*, N 338 ss, dans le cadre du contrôle de la validité des conditions générales, ayant trait à leur contenu.

413 Pour une discussion en droit européen, voir *infra*, N 314 s.

414 BUSER-GORA, p. 88 s. et les références citées.

415 MARCHAND (2012), p. 145 s.

416 Voir *infra*, N 315 pour des exemples.

2. Mise en œuvre pratique

263. Dans la pratique, différents moyens sont utilisés par les opérateurs d'univers virtuels pour intégrer les conditions générales au contrat d'utilisation de leur univers virtuel.

264. Certains, à l'instar de Linden Research concernant Second Life, renvoient à leurs conditions générales par le biais d'un lien hypertexte sur la page de création d'un compte. Seules les conditions cadres sont mentionnées[417]. Les autres documents – tels que les réglementations concernant les biens immatériels – sont indirectement intégrés par leur mention dans les conditions générales cadres. La procédure de Facebook est similaire[418], la seule différence étant que la procédure d'inscription rend l'utilisateur moins attentif aux conditions générales que celle de Second Life : le texte apparaît en plus petit et sur un deuxième écran qui ne comporte que le CAPTCHA[419] et le bouton de confirmation, toutes les données personnelles de l'utilisateur ayant été entrées sur le premier écran.

265. Concernant Twitter, les conditions générales sont incluses dans leur intégralité au-dessus du bouton de création du compte avec une mention précisant qu'en cliquant sur le bouton de création du compte, l'utilisateur accepte les conditions générales représentées sur la page. Celles-ci comportent des renvois vers les autres documents contractuels visant à les intégrer indirectement au contrat.

266. World of Warcraft utilise le moyen le plus explicite d'intégration des conditions générales en exigeant de l'utilisateur qu'il clique une case à côté

---

417 *« By clicking Create Account you are indicating that you have read and agree to the Terms of Service Agreement and Privacy Policy »*.

418 *« By clicking Sign Up, you are indicating that you have read and agree to the Terms of Use and Privacy Policy »*.

419 « *Completely Automated Public Turing test to tell Computers and Humans Apart* ». Il s'agit d'un outil anti-spam, utilisé typiquement lors de la création de comptes utilisateurs, qui permet de s'assurer qu'un être humain procède à l'inscription et non un ordinateur. L'utilisateur doit recopier un code chiffré ou lettré apparaissant sur une image brouillée à l'écran.

d'une clause spécifiant qu'il accepte l'application des conditions générales du jeu avant de pouvoir procéder à son inscription[420].

267. À la lumière de la première condition (l'accord des parties), ces différentes méthodes d'intégration globale des conditions générales ne posent pas de problèmes particuliers. Il faut ainsi considérer que ce critère est satisfait dans les exemples précédents. Concernant l'absence de clauses insolites et la lisibilité, une analyse du contenu des conditions générales est nécessaire. À ce titre, certaines clauses problématiques seront présentées ci-dessous[421].

268. Comme cela a été mentionné, le contrat d'utilisation d'un univers virtuel est généralement composé de plusieurs documents qui sont assimilables à des conditions générales[422]. Ainsi, une question se pose de savoir si chacun de ces documents doit être mentionné sur la même page que le bouton de confirmation d'inscription ou s'il suffit qu'il y soit fait référence dans les conditions générales « principales », *i.e.* celles qui sont expressément mentionnées. Il faut répondre à cette question positivement : l'intégration des conditions générales étant globale, le renvoi vers d'autres documents ne saurait priver ces derniers de leur force obligatoire à l'égard des parties au contrat, à condition que ce renvoi satisfasse aux autres conditions d'intégration et de validité.

C. Validité

269. La validité des clauses contractuelles incluses dans les conditions générales peut être affectée par plusieurs domaines du droit, notamment le droit de la consommation. Ce chapitre examinera la validité des conditions générales en présentant brièvement les solutions existantes en droit américain, sous l'angle

---

420 *« I accept the Terms of Use applicable to my country of residence and if under 18 years old, agree and acknowledge that my parent or guardian has also reviewed and accepted the Terms of Use on my behalf »*.

421 *Infra*, N 370 ss.

422 *Supra*, N 141 ss. La question de savoir si ces documents forment un contrat ou plusieurs contrats a été discutée *supra*, N 220 ss.

des clauses réputées abusives (*unconscionable*) (1) et, sous l'angle du droit de la consommation, en droit de l'Union européenne (2) et en droit suisse (3).

1. Droit américain

270. La plupart des contrats portant sur l'utilisation des univers virtuels élisent le droit d'un État des Etats-Unis d'Amérique (souvent la Californie)[423]. À ce titre, il est important de le considérer dans le cadre de cette recherche, au-delà de l'éclairage de droit comparé qu'il est susceptible d'apporter.

271. Cette section présentera certains aspects du droit américain des contrats[424] à la lumière de deux affaires importantes impliquant le monde virtuel Second Life : *Bragg v. Linden Research* (2007)[425] (*i*) et *Evans et al. v. Linden Research* (2011)[426] (*ii*). La thématique du droit des contrats étant très étendue, cette étude se concentrera sur ces deux affaires topiques.

272. Ces deux affaires posaient notamment la question de la validité des clauses compromissoire et d'élection de for incluses dans les conditions générales de ce monde virtuel sous l'angle du droit des contrats. A ce titre, seules les questions relatives au droit des contrats seront abordées ci-après, à l'exclusion d'une discussion des clauses compromissoires potentiellement pathologiques.

i. Bragg v. Linden Research Inc.

273. M. Bragg, avocat au barreau de l'Etat de Pennsylvanie et utilisateur du monde virtuel Second Life, avait investi quelques milliers de dollars américains dans l'acquisition de terrains virtuels. Sans entrer dans les détails techniques, Linden Research Inc. (l'opérateur de Second Life) a estimé que le moyen utilisé par M. Bragg pour acquérir ces terrains virtuels n'était pas conforme à la politique du monde virtuel et a ainsi fait usage d'une clause de ses conditions

---

423 Voir *supra*, N 124.

424 Pour une présentation générale des limites du droit américain des contrats appliqué aux univers virtuels, voir REUVENI, p. 288 ss.

425 *Bragg v. Linden Research Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D. Penn. 2007).

426 *Evans et al. v. Linden Research Inc.* (E.D. Pa. Feb. 3, 2011).

générales[427] lui permettant de clore le compte utilisateur de M. Bragg. Ceci a pour effet que l'utilisateur n'a plus accès à son compte et que, pratiquement, tous ses biens virtuels lui sont retirés et transmis à Linden Research Inc. sans indemnisation[428].

274. La Cour s'est d'abord penchée sur la clause compromissoire qui, à l'époque des faits, obligeait tous les utilisateurs de Second Life à résoudre leur différend à l'égard de Linden Research Inc. devant un tribunal arbitral siégeant effectivement à San Francisco et en application du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale[429]. Parallèlement à l'obligation des parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage, cette clause compromissoire prévoyait que des mesures provisionnelles non pécuniaires (*injunctive relief*) pouvaient être requises par chacune des parties auprès de la juridiction compétente[430]. Seule la première partie de cette clause compromissoire a été examinée par le juge dans cette affaire, Monsieur Bragg n'ayant pas jugé opportun de se prévaloir de la possibilité de recourir à des mesures provisionnelles[431].

---

427 « *Linden Lab has the right at any time for any reason or no reason to suspend or terminate your Account, terminate this Agreement, and/or refuse any and all current or future use of the Service without notice or liability to you* ».

428 L'art. 11.6 actuel des conditions générales de Second Life (dont on suppose qu'il correspond à la version en vigueur lors des faits) prévoit : « *[u]pon termination of your Account, you will no longer be able to access your Account or access (or transfer or direct the transfer to any other Account) any Content or data you have stored on the Servers. All licenses granted by Linden Lab to use the Service, including without limitation any Linden Dollar Licenses and any Virtual Land Licenses will automatically terminate* ».

429 La clause compromissoire prévoyait : « *Any dispute or claim arising out of or in connection with this Agreement or the performance, breach or termination thereof, shall be finally settled by binding arbitration in San Francisco, California under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by three arbitrators appointed in accordance with said rules* ».

430 « *Notwithstanding the foregoing, either party may apply to any court of competent jurisdiction for injunctive relief or enforcement of this arbitration provision without breach of this arbitration provision* ».

431 *Bragg v. Linden Research Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D. Penn. 2007). Monsieur Bragg a cependant hésité, après l'invitation du juge, à modifier sa requête. Il a d'ailleurs soumis une requête de modification demandant subsidiairement une mesure provisionnelle, laquelle n'était pas spécifiée (document n° 43 du 23 février 2007, disponible à l'adresse suivante : http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/pennsylvania/paedce/2:2006cv04925/217858/ 43/) avant de faire machine arrière et de s'en tenir à une procédure au fond.

275. Le *Federal Arbitration Act* dispose que les clauses compromissoires sont sujettes aux limitations générales issues du droit des contrats et notamment au dol (*fraud*), à la crainte fondée (*duress*) et à la lésion (*unconscionability*)[432]. *In casu*, la question a été tranchée en application du principe d'*unconscionability*.

276. En droit californien (le droit applicable au cas d'espèce), deux conditions doivent être remplies pour que ce moyen de défense soit efficace : l'*unconscionability* doit être formelle (procédurale) et matérielle[433]. De plus, ces deux conditions doivent être interprétées ensemble, *i.e.* plus l'*unconscionability* formelle est prononcée, moins l'aspect matériel sera déterminant (et inversement) pour que cette défense soit efficace[434].

277. Premièrement, l'*unconscionability* formelle consiste en l'existence d'un déséquilibre entre les parties au contrat relativement à leur position dans la négociation[435]. C'est toujours le cas d'un contrat d'adhésion (ou contrat standard) – qui n'est pas négocié – dans la mesure où une seule partie a rédigé le contrat et en impose le contenu à son cocontractant[436]. Dans l'affaire *Bragg v. Linden Research Inc.*, il était effectivement question d'un contrat d'adhésion sous la forme de *Terms of Service* (ToS)[437].

278. Deuxièmement, l'*unconscionability* matérielle s'attache au résultat effectif de l'application des clauses du contrat : si une clause avantage une partie de façon disproportionnée, celle-ci sera invalidée par le juge[438]. La Cour a retenu que la clause compromissoire était matériellement *unconscionable* en se fondant sur l'absence de réciprocité de celle-ci[439], le coût exorbitant de la procédure

---

432 9 U.S.C. § 2; *Doctor's Assocs. v. Casarotto*, 517 U.S. 681, 1996.

433 *Davis v. O'Melveny & Myers*, 485 F.3d 1066 (9th Cir. 2007) ; *Bragg v. Linden Research Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007).

434 *Comb v. Paypal, Inc.*, 218 F. Supp. 2d 1165, (N.D. Cal. 2002).

435 *Comb v. Paypal, Inc.*, 218 F. Supp. 2d 1165, (N.D. Cal. 2002).

436 *Comb v. Paypal, Inc.*, 218 F. Supp. 2d 1165, (N.D. Cal. 2002).

437 *Bragg v. Linden Research Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007).

438 « *Substantive unconscionability focuses on the one-sidedness of the contract terms* », *Bragg v. Linden Research Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007) ; *Craig v. Brown & Root*, 84 Cal. App. 4th 416 (Cal. App. 2d Dist. 2000) ; *Comb v. Paypal, Inc.*, 218 F. Supp. 2d 1165, (N.D. Cal. 2002).

439 *Infra*, N 279.

d'arbitrage[440], le siège unique de l'arbitrage et le lieu des audiences en Californie[441] et la confidentialité[442] de la procédure d'arbitrage[443].

279. Il est de pratique constante aux États-Unis qu'une clause compromissoire qui oblige la partie faible à soumettre ses litiges à l'arbitrage, mais qui permet à la partie forte de choisir un autre moyen – établissant ainsi un rapport non réciproque entre les parties – soit considérée comme disproportionnée[444]. Une clause compromissoire doit en effet comporter un aspect minimal de bilatéralité[445]. *In casu*, la Cour a analysé la clause compromissoire au regard des autres moyens de résolution des différends entre les parties et a constaté que le seul moyen à disposition des utilisateurs de Second Life était l'arbitrage, alors que Linden Research Inc. disposait d'autres moyens, notamment la fermeture unilatérale et sans préavis des comptes d'utilisateurs.

280. Par ailleurs, la Cour a retenu que le coût exorbitant de l'arbitrage rendait également la clause compromissoire *unconscionable*. En effet, le coût de l'introduction d'une action devant le Tribunal arbitral prévu par les conditions générales de Second Life était plus élevé qu'un dépôt devant une juridiction ordinaire, même si un partage des coûts entre Linden Research Inc. et l'utilisateur en question était prévu[446].

281. La troisième base du raisonnement de la Cour concernait l'élection du siège de l'arbitrage et le lieu des audiences à San Francisco[447]. Cette clause a été considérée *unconscionable* dans la mesure où il n'est pas raisonnable pour une

---

440 *Infra*, N 280.

441 *Infra*, N 281.

442 *Infra*, N 282.

443 *Bragg v. Linden Research Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007) ; voir également SITES/PEELE/FAIRFIELD, p. 24 ss.

444 *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, 24 Cal. 4th 83 (Cal. 2000).

445 « *[T]he arbitration remedy must contain a 'modicum of bilaterality'* », *Bragg v. Linden Research Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007) ; *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, 24 Cal. 4th 83 (Cal. 2000).

446 *Bragg v. Linden Research Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007).

447 En effet, la clause compromissoire des conditions générales de Second Life prévoyait que tant le siège que le lieu des audiences de l'arbitrage étaient situés à San Francisco, la résolution des litiges en ligne n'étant, de façon surprenante au vu du contexte, pas prévue.

société qui a des millions de clients éparpillés dans tous les États-Unis[448] d'exiger de ceux-ci qu'ils se déplacent tous dans la ville du siège de la société pour résoudre des litiges portant sur des montants peu élevés. La Cour a reconnu que cette clause avait effectivement pour but d'éluder la responsabilité de Linden Research Inc. :

> « *Limiting venue to [Linden's] backyard appears to be yet one more means by which the arbitration clause serves to shield [Linden] from liability instead of providing a neutral forum in which to arbitrate disputes* »[449].

282. Plus surprenant, le quatrième argument de la Cour en faveur de l'*unconscionability* de la clause compromissoire réside dans le fait que le règlement d'arbitrage CCI prévoit que les procédures et les décisions sont confidentielles[450]. Ceci représenterait un avantage considérable pour une société dans un tel cas de figure puisqu'elle rend indisponible tout précédent pour les utilisateurs – les privant ainsi d'un outil crucial dans la préparation de leur action – tout en pouvant s'y référer elle-même à loisir pour en tirer des enseignements précieux en cas de litige[451].

283. Malheureusement pour la prévisibilité et la sécurité du droit, l'affaire a été transigée à l'amiable avant que la Cour puisse se prononcer sur la question au fond, *i.e.* est-ce que les clauses prévoyant la fermeture unilatérale et sans préavis du compte d'un utilisateur du monde virtuel et la « saisie » de tous ses biens virtuels sont considérées comme *unconscionable* ? Une décision répondant à ces questions aurait été précieuse. Pour y répondre, la Cour aurait vraisemblablement également dû analyser le statut des biens virtuels dans l'ordre juridique américain apportant ainsi un éclaircissement non moins attendu.

---

448 Il est intéressant de constater que le juge américain ne se soucie pas des millions d'étrangers qui sont également des utilisateurs de Second Life.

449 *Bragg v. Linden Research Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007) citant *Comb v. Paypal, Inc.*, 218 F. Supp. 2d 1165, (N.D. Cal. 2002).

450 *Bragg v. Linden Research Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007).

451 *Ting v. AT&T*, 319 F.3d 1126 (9th Cir. Cal. 2003).

ii. Evans et al. v. Linden Research Inc.

284. En 2011, une affaire similaire à la précédente a été portée devant le Tribunal de district de Philadelphie. Les quatre plaignants ont vu leur compte d'utilisateur de Second Life résilié par Linden Research Inc. Ils ont ainsi requis de cette société des dommages-intérêts portant sur la valeur des biens virtuels qu'ils ont perdus[452].

285. La Cour a d'abord examiné sa compétence au regard de la clause compromissoire des conditions générales de Second Life. Entre 2007 et 2011, celle-ci a été modifiée (tenant compte de la décision dans l'affaire *Bragg v. Linden Research Inc.* ?) et rédigée en suivant l'exemple de la société eBay[453]. Elle prévoit que le for exclusif pour tous litiges excédant USD 10'000.– est au siège de la société Linden Research Inc. (soit à San Francisco), tout autre litige pouvant être soumis à un arbitrage à distance[454]. Les parties au litige se mettent d'accord, au cas par cas sur l'organisme de règlement des litiges qui se chargera de celui-ci. Trois règles de procédure viennent s'ajouter à cela : (i) la demanderesse choisit le média (téléphone, internet ou par écrit), (ii) sauf accord des parties, cette forme d'arbitrage n'implique pas que celles-ci ou

---

452 *Evans et al. v. Linden Research Inc.* (E.D. Pa. Feb. 3, 2011).

453 GOLDMAN, p. 1. L'auteur note à ce propos que la société eBay avait modifié ses conditions générales à la suite de l'affaire *Comb v. Paypal* mentionnée *supra*, note 449.

454 Art. 12 des conditions générales de Second Life : « *1. Our goal is to provide you with a neutral and cost-effective means of resolving the dispute quickly.*

Thus, for any claim related to this Agreement or our Service, excluding claims for injunctive or other equitable relief, where the total amount sought is less than ten thousand U.S. Dollars ($10,000.00 USD), either we or you may elect at any point in or during a dispute or proceeding to resolve the claim through binding non-appearance-based arbitration. A party electing arbitration shall initiate it through an established alternative dispute resolution ('ADR') provider mutually agreed upon by the parties. The ADR provider and the parties must comply with the following rules: (a) the arbitration shall be conducted, at the option of the party seeking relief, by telephone, online, or based solely on written submissions; (b) the arbitration shall not involve any personal appearance by the parties or witnesses unless otherwise mutually agreed by the parties; and (c) any judgment on the award rendered by the arbitrator may be entered in any court of competent jurisdiction.

[…]

2. Further, you and Linden Lab agree to submit to the exclusive jurisdiction and venue of the courts located in the City and County of San Francisco, California, except as provided in Section 12.1 regarding optional arbitration ».

leurs témoins se rencontrent et (iii) l'exécution de la sentence arbitrale peut être requise auprès de tous tribunaux compétents.

286. La Cour a considéré que ce changement suffisait à rendre le contrat équitable (*i.e.* pas *unconscionable*) et a ainsi décliné sa compétence. Il est intéressant de noter que la Cour n'a cette fois pas examiné la clause compromissoire dans le contexte du contrat pour juger de la réciprocité des moyens à disposition de Linden Research Inc. et des utilisateurs de Second Life, les conditions générales de Second Life prévoyant toujours que Linden Research Inc. peut fermer les comptes des utilisateurs à discrétion sans compensation[455]. Finalement, cette affaire a été transigée[456].

287. L'adaptation des conditions générales de Second Life aura été bénéfique pour Linden Research Inc. De plus, il faut considérer cette décision comme un précédent dans la mesure où ce type de clause d'arbitrage optionnel, lorsque le montant litigieux est faible, est devenu un principe régulièrement reconnu comme valable par les tribunaux américains[457].

iii. Synthèse

288. L'aspect le plus intéressant du contrôle de la validité des conditions générales en droit américain réside dans la notion large des personnes bénéficiaires de la protection. La règle d'*unconscionability* prévoit en effet une protection en faveur de la partie faible, sans que celle-ci doive absolument être un consommateur. À ce titre, on peut se demander si Monsieur Bragg et les plaignants dans l'affaire *Evans et al. v. Linden Research* auraient été considérés comme des consommateurs sous l'angle du droit de l'Union européenne et du droit suisse de la consommation[458]. Cependant, même si le cercle des

---

455 Art. 11.3 des conditions générales de Second Life.

456 L'U.S.D.C. N.D. Cal. 2012 a homologué cette transaction le 29 avril 2014. Second Life aurait accepté de verser 43 millions de Linden Dollars pour cette transaction, soit USD 172'000.- (voir http://www.litigationdaily.com/id=1202603532330).

457 À ce propos, voir GOLDMAN, p. 2 ; voir également *Abreu v. Slide Inc.*, C 12-00412 WHA (U.S.D.C. N.D. Cal. 2012).

458 Cette question sera abordée ci-dessous dans les chapitres concernant le droit de l'Union européenne (*infra*, N 290 ss) et le droit suisse (*infra*, N 330 ss).

bénéficiaires de la protection est largement défini, il semble – au vu de l'évolution entre les deux affaires discutées ci-dessus – que cette protection est accordée de façon relativement restrictive. En effet, la modification de la clause compromissoire ne change pas l'iniquité des conditions générales de Second Life prise dans leur ensemble (*e.g.* la clause permettant à Linden Research Inc. de résilier les comptes des utilisateurs de façon discrétionnaire).

289. L'interprétation du caractère matériellement *unconscionable* est un autre aspect intéressant du droit américain. D'une part, l'interprétation du contrat doit aller au-delà de la lettre et prendre en compte le but du contrat et les circonstances dans lesquelles il a été conclu et exécuté[459]. D'autre part, l'analyse de la clause potentiellement abusive – et en particulier le critère de réciprocité (*mutuality*) entre les parties au contrat – ne doit pas être faite de façon isolée : une clause peut être réciproque lorsqu'elle est lue de façon isolée mais, au regard du reste du contrat, favoriser une partie au détriment de l'autre[460]. Le même raisonnement a été tenu dans l'affaire *Bragg v. Linden Research Inc.*, mais la Cour n'a pas jugé nécessaire d'aller plus loin que la clause compromissoire révisée en question dans l'affaire *Evans et al. v. Linden Research Inc*.

2. Droit de l'Union européenne

290. Comme il a été établi plus haut, la plupart des contrats portant sur l'utilisation des univers virtuels élisent le droit californien[461]. Cependant, les utilisateurs des univers virtuels résident dans le monde entier et il est intéressant d'étudier la validité des contrats qui les régissent en droit européen : d'une part, parce

---

459 « *A claim of unconscionability cannot be determined merely by examining the face of the contract; there must be an inquiry into the circumstances under which the contract was executed, its purpose, and effect* », *Comb v. Paypal, Inc.*, 218 F. Supp. 2d 1165, (N.D. Cal. 2002).

460 « *Considered in isolation, the arbitration clause at issue here appears to permit a mutuality of remedies* […] *however,* [*the User Agreement*] *provides that in the event of a dispute, PayPal 'at its sole discretion' may restrict accounts, withhold funds, undertake its own investigation of a customer's financial records, close accounts, and procure ownership of all funds in dispute unless and until the customer is 'later determined to be entitled to the funds in dispute'* », *Comb v. Paypal, Inc.*, 218 F. Supp. 2d 1165, (N.D. Cal. 2002).

461 Voir *supra*, N 124.

que l'Union européenne constitue un marché important et, d'autre part, parce que le droit de la consommation européen est harmonisé et fait l'objet de nombreuses études. Ceci, ainsi que le souci d'euro-compatibilité du droit suisse, rend l'étude de ce droit nécessaire aux yeux du juriste suisse.

291. Ce chapitre commencera par donner une définition de la notion de consommateur en droit de l'Union européenne (*i*). Dans un deuxième temps sera exposée la protection des consommateurs au sein de l'Union européenne (*ii*).

i. Notion de consommateur

292. Le droit de l'Union européenne donne une définition négative du consommateur [462] : une personne agissant en dehors de son activité professionnelle. Celle-ci est généralement adoptée dans les États membres[463]. La doctrine considère que cette définition, en particulier le critère de l'absence de lien avec une activité commerciale, doit être interprétée de façon restrictive[464]. Dans un arrêt du 20 janvier 2005, la CJUE a précisé qu'un consommateur est :

> « une personne qui a conclu un contrat portant sur un bien [ou un service] destiné à un usage en partie professionnel et en partie étranger à son activité professionnelle [lorsque] l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine étant sans incidence à cet égard »[465].

293. Ainsi, on pourrait considérer que les utilisateurs d'univers virtuels qui tirent un revenu de leurs activités au sein de ceux-ci ne devraient pas être considérés comme des consommateurs. Cependant, la *ratio legis* de cette disposition est de

---

462 Voir notamment : considérant 17 et art. 2 par. 1 Directive 2011/83 ; art. 2 *lit*. b Directive 93/13 ; art. 6 par. 1 Règlement Rome I ; art. 15 par. 1 Règlement Bruxelles I ; DE MIGUEL ASENSIO, p. 11 ; PIEDELIEVRE, p. 16.

463 TANG, p. 21.

464 À ce propos, voir notamment GARCIA, p. 624 ss ; PIEDELIEVRE, p. 18 ; TANG, p. 23.

465 *Johann Gruber v Bay Wa AG*, CJUE du 20 janvier 2005, C-464/01, par. 54.

protéger la partie faible au contrat[466]. Il semble ainsi que cette disposition présume que les personnes agissant à titre professionnel ne peuvent pas être en position de faiblesse. Cette présomption ne semble pas refléter la réalité des forces en présence dans le contexte de cette recherche. En effet, les opérateurs d'univers virtuels sont toujours dans une position significativement plus favorable que leurs cocontractants. Dès lors, il serait juste que ces derniers bénéficient de la même protection que les consommateurs, à plus forte raison lorsqu'ils n'agissent que partiellement en tant que professionnels. C'était le cas de Monsieur Bragg par exemple qui exerce une activité lucrative (bien différente de celle qu'il avait dans le monde virtuel) en dehors de Second Life[467].

294. GIULIANO & LAGARDE ont ainsi suggéré que le test de prédominance soit applicable pour déterminer si la personne en question doit bénéficier du statut de consommateur[468]. Ce test implique de balancer l'activité professionnelle et privée de la personne en question. Si l'activité privée prédomine, dans le cadre du contrat conclu, celle-ci sera considérée comme celle d'un consommateur. La question de savoir à partir de quel seuil une activité générant des revenus permettrait de qualifier celle-ci de professionnelle reste ouverte.

295. Après un silence relatif de la doctrine pendant quelques années, ce test de prédominance a été intégré au texte des Principes acquis communautaires en droit des contrats, lequel définit le consommateur en son art. 1:201 comme une personne physique agissant principalement à des fins privées[469]. Le DCFR reconnaît à ce titre que la protection prévue par l'Union européenne bénéficiant uniquement aux consommateurs ne prend pas en compte l'iniquité des parties lorsque la partie faible est considérée comme professionnelle[470]. Ce

---

466 NIELSEN, N 13 ; RAGNO, p. 129 s. et 134 ; TANG, p. 23. Voir également *Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL*, CJUE du 26 octobre 2006, C-168/05.

467 M. Bragg est avocat.

468 GIULIANO/LAGARDE, p. 23.

469 La version originale de l'art. 1:201 des Principes acquis dispose : « *Consumer means any natural person who is mainly acting for purposes which are outside this person's business activity* ».

470 DCFR, p. 66 s. Il faut noter que le DCFR est uniquement un instrument de *soft law*.

texte vise à étendre aux professionnels (personnes physiques ou morales) – lorsqu'ils se trouvent en position de faiblesse, notamment dans les cas où ils n'ont aucune influence sur le contenu du contrat[471] – la protection spéciale dont jouissent les consommateurs.

296. Cependant, *de lege lata* le droit de l'Union européenne limite la notion de consommateur aux personnes physiques qui agissent en dehors d'une activité professionnelle[472].

297. Par ailleurs, dans les cas où l'utilisation de l'univers virtuel est gratuite[473], on peut se demander si l'utilisateur peut être considéré comme un consommateur. Cet argument a été soulevé, devant la Cour de Pau, dans une affaire récente opposant un citoyen français à Facebook[474]. La Cour a jugé, à juste titre, que la fourniture d'un service à titre gratuit ne s'oppose pas à ce qu'un utilisateur soit considéré comme un consommateur[475]. Elle note pour le surplus que :

> « si le service est apparemment gratuit pour l'utilisateur, celui-ci, en s'inscrivant sur le site, fournit, le concernant, des informations complètes à la société Facebook qu'il s'engage, aux termes des conditions générales produites, à mettre à jour [et que cette société] ne peut contester que le traitement et l'exploitation par elle de ces données informatiques est une source très importante du financement de ses activités et, dès lors, la prestation de service qu'elle fournit à ses utilisateurs une contrepartie financière »[476].

ii. Protection des consommateurs

298. Plusieurs Directives européennes ont pour objet la protection des consommateurs, notamment la Directive 2011/83, qui modifie et renforce la

---

471 DCFR, p. 66.

472 DE MIGUEL ASENSIO, p. 13.

473 Ce qui est le cas de manière générale.

474 *Sébastien R. c. Facebook*, arrêt du 23 mars 2012 de la Cour d'appel de Pau 1ère chambre, n° 12-1373. Dans cette affaire, l'utilisateur se plaint de ce que Facebook a fermé son compte de façon unilatérale et prétendument sans justification.

475 Dans le même sens, voir DE MIGUEL ASENSIO, p. 12.

476 *Sébastien R. c. Facebook*, arrêt du 23 mars 2012 de la Cour d'appel de Pau 1ère chambre, n° 12-1373.

protection des consommateurs européens, et la Directive 93/13, qui porte précisément sur la protection contre les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

299. Avant de poursuivre plus avant, il est nécessaire de rappeler que les directives européennes ne sont en principe pas applicables directement dans les États membres. Elles nécessitent d'y être mises en œuvre avant que les règles prévues ne s'appliquent aux ressortissants de l'État membre en question (art. 288 TFUE). La Directive 93/13 instaure un standard minimum de protection des consommateurs contre les clauses abusives des contrats de consommation. À ce jour, elle est mise en œuvre dans tous les États membres. Puisqu'il s'agit de normes minimales, la Directive prévoit que les États membres peuvent adopter des lois plus protectrices à l'égard des consommateurs (art. 8 Directive 93/13). La seule modification de la Directive 93/13 apportée par l'adoption de la Directive 2011/83 concerne l'obligation des États membres de notifier à la Commission européenne toutes les dispositions prévoyant une protection supérieure[477].

300. La Directive 93/13 peut considérablement affecter la validité des contrats d'utilisation d'univers virtuels rédigés par des sociétés américaines en ce qu'ils sont bien souvent basés sur un droit moins protecteur des droits des consommateurs que le droit européen[478].

301. La Directive 93/13 sera présentée, d'abord au regard de son champ d'application personnel (*a*) puis quant à son objet (*b*). Enfin, les projets de révision du droit européen de la consommation – qui représentent un chantier important pour le législateur européen – seront brièvement présentés dans le but d'établir la direction générale choisie par l'Union européenne dans le domaine de la protection des consommateurs (*c*).

---

477 L'art. 32 Directive 2011/83 a introduit l'art. 8bis à la Directive 93/13.

478 QUINN, p. 759. À ce propos, WINN & WEBBER relèvent que le législateur européen a étendu son contrôle sur le marché des biens de consommation et le rôle des agences administratives chargées de la mise en œuvre du droit européen au moment où les États-Unis d'Amérique se détournaient du modèle de régulation publique des contrats (WINN/WEBBER, p. 211).

a. Champ d'application personnel de la Directive 93/13

302. Les bénéficiaires de la protection contre les clauses abusives incluses dans les contrats conclus avec les consommateurs sont bien entendu les consommateurs, *i.e.* des personnes physiques qui agissent à titre privé[479]. Conformément à la lettre de l'art. 2 de la Directive, la notion de consommateur est similaire à celle de l'art. 6 du Règlement Rome I. Cependant, comme il s'agit d'une directive imposant un standard minimum de protection, les États membres peuvent prévoir d'élargir le cercle des personnes bénéficiaires de la protection[480]. C'est le cas par exemple de la France qui permet également aux personnes morales de se prévaloir, à certaines conditions, du statut de consommateur[481].

b. Champ d'application objectif de la Directive 93/13

303. La notion de clause abusive est définie à l'art. 3 de la Directive :

> « 1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. […]
>
> 3. L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives ».

304. Partant, deux conditions cumulatives doivent être réunies pour qu'une clause soit abusive : elle doit être contraire à la bonne foi (*1*) et causer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (*2*). La Directive énonce

---

479 Art. 2 de la Directive 93/13 ; NEBBIA, p. 217 s. ; voir également les arrêts suivants de la CJUE : *Benincasa v Dentalkit*, CJUE du 3 juillet 1997, C-269/95; *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank v Dietzinger*, CJUE du 17 mars 1998, C-45/96 ; *Cape and Idealservice MN RE*, CJUE du 22 novembre 2001, C-541/99 et C-542/99. Seule la dernière affaire a été rendue en application de la Directive 93/13. Les deux autres, rendues respectivement en application de la Convention de Bruxelles et de la Directive 85/577, sont néanmoins pertinentes ici dans la mesure où les textes européens concernant le droit de la consommation doivent être lus et interprétés de façon harmonisée.

480 PIEDELIEVRE, N 21.

481 Art. L. 132-1 al. 1 du Code de la consommation ; PIEDELIEVRE, N 21.

ensuite les critères d'appréciation du caractère abusif des clauses (*3*). La mise en œuvre de cette protection sera illustrée au travers d'un arrêt français (*4*)[482].

305. Par ailleurs, il est important de noter que l'al. 2 de cette disposition précise qu'une clause ne sera jamais réputée négociée individuellement lorsqu'elle fait partie d'un contrat rédigé préalablement par le professionnel, ce qui est toujours le cas des contrats d'utilisation d'un univers virtuel.

1. Clause contraire à la bonne foi

306. La condition de la bonne foi est composée de deux éléments : un élément procédural (*procedural good faith*) et un élément matériel (*substantive good faith*)[483]. Dans une affaire anglaise, LORD BINGHAM OF CORNHILL a expliqué – en se référant à la Directive 93/13 et au règlement d'application national – que le critère de bonne foi comprend deux éléments lors de la conclusion du contrat : l'équité (l'élément procédural) et la transparence (l'élément matériel)[484].

307. La transparence exige que la clause soit exprimée de façon complète, claire, intelligible et qu'elle ne contienne pas de « piège »[485]. Quant à l'équité, elle implique que le professionnel ne doit pas, délibérément ou par négligence, tirer profit de la position de faiblesse du consommateur lors de la conclusion du contrat (*e.g.* son état de nécessité, son indigence ou son inexpérience)[486] de sorte que le contrat soit inéquitable.

---

482 Le lecteur pourra aussi se référer à la Recommandation n° 2014-02 qui établit une liste de recommandations à l'égard des opérateurs de réseaux sociaux.

483 Voir par exemple STUYCK, p. 124 et NEBBIA, p. 222 qui expose clairement les deux composantes du principe de la bonne foi : « *[i]n principle, procedural good faith focuses on improprieties and defects in the negotiation and conclusion of the contract and would accordingly include, inter alia, all the techniques currently existing in English law to prevent dishonest and unfair behaviour. Substantive good faith, on the other hand, is independent of any procedural consideration and aims rather at imposing an abstract standard of contractual justice which is drawn from somewhere else* ».

484 *Director General of Fair Trading v. First National Bank Plc* [2001] U.K.H.L. 52 : le critère de bonne foi « *is one of fair and open dealing* ».

485 *Director General of Fair Trading v. First National Bank Plc* [2001] U.K.H.L. 52 : « *Openness requires that the terms should be expressed fully, clearly and legibly, containing no concealed pitfalls or traps* ».

486 *Director General of Fair Trading v. First National Bank Plc* [2001] U.K.H.L. 52 : « *Fair dealing requires that a supplier should not, whether deliberately or unconsciously, take advantage of [e.g.] the*

308. Ce deuxième élément de la bonne foi est matériel. Il suppose de conduire une analyse abstraite de la justice contractuelle (*contractual justice*) des clauses d'une convention[487].

309. Il est intéressant de noter dans ce contexte que de nombreux États membres ont mis en œuvre la Directive 93/13 sans référence expresse à la condition de bonne foi, se référant au déséquilibre significatif des droits et obligations des parties[488]. Cela n'est cependant pas contraire à la Directive 93/13 puisque l'absence de la notion de bonne foi a pour conséquence d'augmenter le niveau de protection des consommateurs.

2. Déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties

310. Ce critère commande d'effectuer une analyse concrète des clauses du contrat (ou des conditions générales). Il est ainsi adapté de discuter ce critère dans le cadre d'une étude de la jurisprudence nationale pertinente[489], étant donné que la CJUE ne s'est pas prononcée sur la question, laissant le soin de son interprétation aux tribunaux des États membres[490].

311. Néanmoins, il est intéressant à ce stade de noter que ce déséquilibre peut notamment résulter de droits et de moyens (*rights and remedies*) disproportionnés à disposition du professionnel pour résilier ou demander l'exécution du contrat[491]. A titre illustratif, BEALE donne l'exemple d'un consommateur qui achète un bien couvert par une garantie complète, alors que

---

consumer's necessity, indigence, lack of experience, unfamiliarity with the subject matter of the contract, weak bargaining position ».

487 STUYCK, p. 124 et NEBBIA, p. 222.

488 STUYCK, p. 123 s., qui liste les Etats membres se incorporant la notion de bonne foi dans leur législation nationale.

489 *Infra*, N 318 ss.

490 Voir par exemple l'affaire *Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL*, CJUE du 26 octobre 2006, C-168/05, dans laquelle la CJUE explique : « [l]a nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient, en outre, que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel ».

491 NEBBIA, p. 223.

le contrat stipule que le fournisseur est seul juge du caractère défectueux du bien en question. Il en résulte que le fournisseur peut invoquer des moyens contre le consommateur si celui-ci ne paie pas, mais que le consommateur n'a aucun moyen de défense dans le cas où le bien est défectueux mais n'a pas été reconnu comme tel par le fournisseur[492].

3. Appréciation du caractère abusif

312. Après avoir défini la notion de clause abusive, la Directive 93/13 expose les différents critères à prendre en compte dans l'appréciation du caractère abusif des clauses.

313. L'art. 4 Directive 93/13 dispose que toutes les circonstances au moment de la conclusion du contrat ainsi que le contrat dans son ensemble doivent être prises en compte dans cette appréciation (al. 1). Par ailleurs, l'appréciation ne doit pas porter sur l'objet du contrat ou sur le prix du service (al. 2).

314. Les clauses du contrat doivent être rédigées de manière « claire et compréhensible » (art. 5 Directive 93/13)[493]. En cas de doute sur la signification d'une clause, le juge l'interprétera en faveur du consommateur. En ce sens, le législateur français a adopté une loi qui dispose que pour satisfaire ce critère, les contrats conclus avec les consommateurs français doivent être rédigés en français[494]. Dans une affaire récente, une Cour française s'est notamment référée au fait que des conditions générales ne soient disponibles qu'en anglais pour déterminer qu'une clause n'est pas lisible pour un consommateur moyen français, ceci en l'absence d'une preuve apportée par l'intimée que le consommateur maîtrisait effectivement cette langue[495].

---

492 BEALE, p. 205.

493 Il est intéressant de noter que ce critère se confond avec le critère de bonne foi exposé par la Cour anglaise dans l'affaire *Director General of Fair Trading v. First National Bank Plc* [2001] U.K.H.L. 52.

494 Art. 2 de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française ; voir également la Recommandation n° 2014-02.

495 *Sébastien R. c. Facebook*, arrêt du 23 mars 2012 de la Cour d'appel de Pau 1ère chambre, n° 12-1373.

315. Cela n'est généralement pas le cas des conditions générales des principaux univers virtuels, mis à part celles de World of Warcraft. En effet, Blizzard (opérateur de ce monde virtuel) utilise des conditions générales différentes suivant l'État depuis lequel les utilisateurs se connectent et dans la langue officielle de l'État en question. Ce n'est pas le cas des conditions générales Second Life qui sont rédigées uniquement en anglais. En ce qui concerne Twitter et Facebook, la situation est plus complexe. Leurs conditions générales sont traduites dans différentes langues (dont le français), mais une clause indique que seule la version anglaise fait foi[496]. La question de savoir si cela suffit à satisfaire à l'exigence de clarté et de compréhensibilité, du point de vue de la loi française, peut être débattue[497].

316. La Directive 93/13 contient en annexe une liste des clauses qui sont réputées abusives. Cette liste est indicative et non exhaustive[498]. Ainsi, les clauses qu'elle contient ne sont pas forcément abusives en toutes circonstances et des clauses ne figurant pas dans cette liste peuvent être considérées comme abusives. À titre d'exemple, particulièrement pertinent dans le contexte des univers virtuels, une clause qui a pour effet « de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales » est réputée abusive (Annexe *lit*. q Directive 93/13). Il est à noter que certains États membres de l'Union européenne (notamment l'Allemagne et les Pays-Bas) ont adopté une liste (dite liste noire) de clauses qui doivent toujours être considérées comme abusives[499].

---

496 Il est à noter que l'affaire *Sébastien R. c. Facebook*, arrêt du 23 mars 2012 de la Cour d'appel de Pau 1ère chambre, n° 12-1373 ne traite pas la question de ce renvoi à la version anglaise, qui seule fait foi, dans la mesure où seule une version anglaise des conditions générales de Facebook existait à l'époque des faits (en 2007).

497 Voir DE MIGUEL ASENSIO, p. 19 s., qui soutient que les consommateurs ne devraient pas être liés par un contrat dans une langue autre que celle dans laquelle ils utilisent l'univers virtuel. Voir également *supra*, N 264, concernant le droit suisse.

498 NEBBIA, p. 221.

499 Voir à ce propos BÜYÜKSAGIS, p. 1398 et les références citées en notes 32 et 33.

317. En conclusion, les clauses d'un contrat qui sont qualifiées d'abusives ne lieront pas le consommateur. Cependant, le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives (art. 6.1 Directive 93/13).

4. Mise en œuvre de la protection dans l'affaire AOL

318. Dans un arrêt de principe du 15 septembre 2005, la Cour d'appel de Versailles a eu l'occasion de se prononcer sur la validité des clauses des conditions générales de la société SNC AOL France – qui est un fournisseur de service Internet et la succursale de la société américaine AOL (anciennement America Online) – à la demande de l'association de protection des consommateurs UFC Que Choisir[500].

319. Cet arrêt est intéressant dans la mesure où 36 clauses des conditions générales d'AOL étaient soumises à l'examen de la Cour et que 31 d'entre elles ont été déclarées abusives ou illégales. Ainsi, ont été déclarées abusives les clauses suivantes : l'obligation faite aux utilisateurs de mettre à jour les informations de leur compte dans l'espace utilisateur sous peine de voir leur compte fermé ; la transmission des données des utilisateurs à des tiers sans leur consentement préalable ; le droit accordé à AOL de modifier le contrat de façon unilatérale ; le droit d'AOL de clore le compte des utilisateurs qui enfreignent les conditions générales sans mise en demeure préalable ; une licence non-exclusive des droits (de propriété intellectuelle) portant sur tous les contenus mis en ligne par les utilisateurs[501].

320. Dans son dispositif, la Cour a ordonné à AOL de publier l'arrêt sur son site internet, de modifier ou supprimer les clauses litigieuses de ses conditions générales et de s'acquitter de dommage-intérêts et d'une peine pécuniaire.

---

500 *AOL France v. UFC Que Choisir*, Cour d'appel de Versailles du 15 septembre 2005, R.G. No 04/05564.

501 Les clauses n'étant pas reproduites dans l'arrêt, le lecteur pourra se référer à WINN/WEBBER, p. 223 s.

321. Les clauses ayant été déclarées abusives par la Cour dans cette affaire[502] sont similaires à certaines clauses incluses dans les conditions générales d'univers virtuels (dont certaines seront discutées ci-dessous[503]). On peut dès lors se demander pourquoi les opérateurs de ces univers virtuels n'ont pas tiré d'enseignement de ce cas (et adapté leurs conditions générales) et pourquoi d'autres procès n'ont pas été initiés en France à leur encontre.

322. Pour répondre à la première question, le coût d'adaptation des conditions générales ne se justifie certainement pas, en considération des sanctions minimes infligées par les tribunaux en cas de violation.

323. Concernant la deuxième question, on pourrait imaginer que la Cour n'interprète pas le caractère abusif des clauses de la même façon lorsque le service est gratuit[504] et/ou lorsque moins de clauses sont litigieuses.

c. Révision du droit de la consommation

324. En 2008, le Parlement européen et le Conseil ont proposé une nouvelle directive relative à la protection des consommateurs[505]. Ce projet, qui résulte de l'acquis communautaire en matière de consommation, avait pour but de limiter la fragmentation des droits des États membres (due au fait que les directives antérieures instauraient un standard minimum de protection que les États membres pouvaient étendre) en imposant à ces derniers d'implémenter telle quelle de nouvelles normes[506]. En conséquence, la protection des consommateurs serait accrue dans la majorité des différents droits internes, mais la réduirait dans certains (en Allemagne et en Finlande notamment)[507].

---

502 *Supra*, N 319.

503 *Infra*, N 370 ss.

504 Même si le prix ne doit pas entrer en ligne de compte dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause (art. 4.2 Directive 93/13) ; voir *supra*, N 313.

505 Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008, COM(2008) 614, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_FR_PROPOSITION_DE_DIRECTIVE.pdf.

506 Proposition de Directive, p. 2.

507 BRICHACEK, p. 97 s.

325. Concernant la réglementation relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, cette proposition introduisait deux types de listes de clauses : une « liste noire » qui énumère les clauses – telle que les clauses soumettant à l'arbitrage obligatoire tous les litiges résultant du contrat – qui doivent toujours être considérées comme abusives (art. 34) et « une liste grise » incluant des clauses présumées abusives, à l'instar de l'Annexe de la Directive 93/13 (art. 35). Par ailleurs, l'art. 32 de la Proposition prévoyait les critères déterminants pour apprécier le caractère abusif des clauses sur le modèle de ce qui est prévu dans la Directive 93/13[508].

326. Une Proposition révisée a été adoptée le 25 octobre 2011 sous la forme de la Directive 2011/83, laquelle est entrée en vigueur le 13 juin 2014. Cependant, la version finale de la Directive n'inclut pas les propositions présentées au paragraphe précédent[509]. En relation avec la Directive 93/13, seule une obligation de notifier les lois augmentant la protection des consommateurs est imposée aux États membres (nouvel art. 8a Directive 93/13 introduit par l'art. 32 Directive 2011/83).

327. Ceci étant, l'Union européenne n'a pas abandonné son projet de renforcer la protection des consommateurs à l'égard des pratiques déloyales des entreprises (notamment par l'utilisation de clauses abusives dans leurs conditions générales). Cette volonté politique est ancrée dans la Communication 2013 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions qui vise à

---

508 *Supra*, N 312 ss.

509 Il est intéressant de noter que la Directive 2011/83 introduit le principe d'« accord exprès » relatif à des options qui entraineraient des paiements supplémentaires (art. 22 Directive 2011/83). Cela a pour conséquence de prohiber l'utilisation de cases pré-cochées dans ce contexte ; voir le Document d'orientation de la DG Justice, p. 56 : « les termes 'accord exprès' et 'demande expresse' devraient être interprétés, dans ce contexte, en ce sens qu'ils supposent une action positive de la part du consommateur, par exemple le fait de cocher une case sur un site internet. A cette fin, le recours à une case pré-cochée ou à une clause figurant dans les conditions générales n'est pas susceptible de satisfaire à ces exigences ».

assurer un cadre cohérent pour renforcer la confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne[510].

iii. Synthèse

328. La réglementation matérielle de l'Union européenne en matière de clauses abusives (Directive 93/13) introduisant un standard minimum de protection est relativement claire et défend théoriquement mieux les droits des consommateurs que le droit américain. De plus, la plupart des États européens ont étendu cette protection. En revanche, l'application concrète de ces normes aux contrats d'utilisation d'un univers virtuel reste incertaine du fait qu'aucune affaire n'a été décidée, au fond, par les tribunaux, hormis dans l'affaire *Sébastien R. c. Facebook*[511] dans laquelle la Cour a renvoyé l'affaire devant la juridiction inférieure en estimant que celle-ci était compétente, se prononçant ainsi sur l'invalidité de la prorogation de for incluse dans les conditions générales de Facebook mais pas sur les autres questions de fond.

329. La notion du consommateur telle qu'appliquée actuellement par les tribunaux des États membres de l'Union européenne restreint, de manière générale, la protection contre les clauses abusives aux personnes physiques agissant en dehors de leur activité professionnelle, excluant ainsi toute personne ayant une activité professionnelle dans un univers virtuel[512]. Le champ d'application personnel des Directives 93/13 et 2011/83 est ainsi plus étroit que celle offerte aux États-Unis d'Amérique, qui élargit le cercle des bénéficiaires de la protection de façon à comprendre toutes les personnes qui sont en position de faiblesse face à la partie qui a rédigé seule les conditions générales[513]. En somme, le droit américain connaît une protection objective contre les clauses abusives alors que le droit européen y ajoute une composante subjective, en définissant le cercle des personnes bénéficiant de la protection. Cependant, le

---

510 Communication 2013, p. 8 ss ; pour se tenir informé des évolutions récentes, voir : http://ec.europa.eu/consumers/index_en.htm.

511 *Sébastien R. c. Facebook*, arrêt du 23 mars 2012 de la Cour d'appel de Pau 1ère chambre, n° 12-1373.

512 *Supra*, N 292 s. et N 302.

513 *Supra*, N 288.

droit de l'Union européenne confère aux consommateurs une protection efficace et prévisible (grâce à la liste de clauses réputées abusives incluses dans l'Annexe de la Directive 93/13). Il devrait encore se renforcer avec le projet d'unification du droit européen de la consommation[514].

3. Droit suisse

330. Le contrôle de la validité des conditions générales suppose un examen de leur contenu. La disposition topique est ancrée dans la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD). D'un point de vue systématique, on peut se poser la question de savoir pour quelle raison cette disposition ne se trouve pas dans le Code des obligations[515], son but étant apparemment de protéger la partie qui accepte les conditions générales contre des clauses de nature à l'induire en erreur[516]. L'utilisation de conditions générales violant la LCD comporte également la conséquence de fausser la concurrence car elles sont l'expression d'un comportement déloyal[517]. En ce sens, le législateur a prévu que l'art. 8 LCD trouve à s'appliquer non seulement de façon concrète – *i.e.* dans un cas où le cocontractant est lésé par la clause déloyale – mais également de façon abstraite, *i.e.* sans qu'aucune partie au contrat ne soit effectivement lésée[518].

331. L'art. 8 LCD a fait l'objet d'une révision, entrée en vigueur le 1er juillet 2012, qui a pour objectif de renforcer son efficacité[519]. En effet, cette disposition

514 *Supra*, N 324 ss.

515 FORNAGE, N 997 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 126.

516 La validité des conditions générales étant une question contractuelle, les articles 116 ss LDIP s'appliquent pour déterminer quel est le droit applicable (voir notamment DUTOIT, art. 117 N 50). Ces règles de droit international privé ont été présentées *supra*, N 126 ss.

517 FORNAGE, N 999 ; FORNAGE/PICHONNAZ, p. 288.

518 FORNAGE/PICHONNAZ, p. 288 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 126.

519 Message LCD, p. 5540.

faisait face à des critiques qui reposaient sur sa faible portée pratique[520], notamment en raison de la condition de l'erreur[521].

332. L'évolution entre l'ancienne version de l'art. 8 LCD et sa version en vigueur est intéressante. Ainsi, cette partie traitera en premier lieu de l'ancienne version de cette disposition (*i*) avant de l'examiner dans sa version actuelle (*ii*) et de conclure par une brève synthèse (*iii*).

i. Ancien article 8 LCD

333. L'ancienne version de l'art. 8 LCD prévoyait que :

> « agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui : (a) dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou (b) prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat ».

334. Le caractère abusif d'une clause contenue dans des conditions générales s'évalue donc en application de deux critères : l'erreur suscitée chez la partie adhérant au contrat et le déséquilibre.

335. La condition de l'erreur était la principale responsable de l'inefficacité de l'ancien art. 8 LCD[522]. En effet, la partie ayant rédigé les conditions générales pouvait éviter l'application de cette disposition en invoquant la mise en évidence et la clarté de la clause réputée abusive[523]. Il est à noter également que l'erreur suscitée auprès du cocontractant ne doit pas nécessairement être intentionnelle (il ne s'agit ainsi pas d'une tromperie)[524].

336. La deuxième condition a trait au déséquilibre notable des droits et obligations entre les parties par rapport à ce qui découle de la nature du contrat et à la

---

520 Message LCD, p. 5566. Cette disposition n'a été que très peu appliquée depuis son entrée en vigueur. À ce propos, voir FORNAGE/PICHONNAZ, p. 287, et les références citées en note 24.

521 *Infra*, N 335 ; MARCHAND (2011), p. 328 ; FORNAGE, N 983.

522 *Supra*, note 520.

523 MARCHAND (2011), p. 328.

524 FORNAGE, N 975.

dérogation notable des conditions générales au régime légal applicable[525]. Ces deux alternatives ont été critiquées par la doctrine qui les considérait comme trop floues[526] du fait du large pouvoir d'appréciation laissé au juge en ce qui concerne l'évaluation de l'intensité de la dérogation au régime applicable ou du déséquilibre.

337. Enfin, il est intéressant de soulever que, contrairement au droit européen, l'ancien art. 8 LCD ne comportait pas de critère subjectif quant à la qualité des parties. En effet, cette disposition n'avait pas vocation à s'appliquer uniquement dans les relations entre un professionnel et un consommateur.

ii. Article 8 LCD actuel

338. En septembre 2009, le Conseil fédéral a adopté le Message LCD. Ce projet de loi comportait une modification de l'art. 8 LCD qui abandonnait la condition de l'erreur en la remplaçant par le critère de la bonne foi[527]. Cette modification a été saluée par une partie de la doctrine[528].

339. Après quelques allers-retours entre le Conseil national et le Conseil des Etats, ce projet de révision de l'art. 8 LCD a encore changé. Le texte adopté – et aujourd'hui en vigueur – abandonne le critère de la dérogation notable au régime légal en vigueur et limite l'application de cette norme aux contrats conclus avec des consommateurs, rapprochant encore un peu plus cette disposition du droit de l'Union européenne.

340. Le texte du nouvel art. 8 LCD dispose ainsi que :

> « [a]git de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient,

---

525 FORNAGE, N 976.

526 FORNAGE, N 976.

527 *Infra*, N 342 ss.

528 Voir notamment FORNAGE/PICHONNAZ, p. 292 s. ; *contra*, MARCHAND (2011), p. 329, qui supportait une version plus proche du droit de l'Union européenne, notamment en abandonnant le critère de la bonne foi et en limitant le champ d'application de la disposition aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.

au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat ».

341. Cette disposition comporte trois conditions cumulatives. Pour être considérées comme abusives ou déloyales, les conditions générales en question doivent être : contraires à la bonne foi (*a*), comporter une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat (*b*) au détriment du consommateur (*c*). Les conséquences du caractère abusif d'une ou plusieurs clauses de conditions générales seront ensuite exposées (*d*).

a. Critère de la bonne foi

342. Le critère de la contrariété aux règles de la bonne foi a été introduit dans le but de conférer une certaine souplesse à cette disposition en la rendant adaptable aux divers types de conditions générales et aux évolutions des pratiques commerciales[529].

343. Cette notion est un élément subjectif dans l'évaluation du caractère déloyal d'une clause. D'une part, la clause doit objectivement créer un déséquilibre[530], mais, d'autre part, ce déséquilibre doit être causé par le comportement contraire aux règles de la bonne foi du rédacteur du contrat[531].

344. Le Conseil fédéral a précisé le rôle de ce critère en expliquant qu'il s'agit « d'effectuer une pesée de tous les intérêts dignes de protection de l'utilisateur des [conditions générales] et du partenaire contractuel [et que le] critère de la bonne foi permet d'établir une appréciation nuancée du rapport de force entre l'utilisateur des conditions générales et le partenaire contractuel »[532]. Ce critère implique la prise en compte de l'expérience du contractant lors du contrôle concret des conditions générales[533]. Lors d'un

529 Message LCD, p. 5567.

530 *Infra*, N 349 ss.

531 FORNAGE/PICHONNAZ, p. 290.

532 Message LCD, p. 5567.

533 Message LCD, p. 5567.

contrôle abstrait, l'expérience du consommateur moyen des biens ou services concernés sera prise en compte[534].

345. En plus de cet élément subjectif (la prise en compte de la position des parties au contrat), le critère de la bonne foi comporte un aspect objectif qui commande au juge d'interpréter la clause dans le contexte global du contrat[535].

346. Cet aspect objectif a été critiqué, à juste titre, pour son imprécision[536]. Il n'est notamment pas clair de savoir si, à l'instar du droit de l'Union européenne, le principe de transparence et de clarté de la clause découle de la bonne foi[537] ou si, comme le recommande le Conseil fédéral, le but de cette condition est principalement de nuancer l'appréciation du déséquilibre selon l'expérience des parties en présence[538].

347. Si la deuxième hypothèse devait prévaloir, on peut se demander si l'introduction de ce critère est pertinente. En effet, le Message LCD porte sur le projet de révision de l'art. 8 LCD qui ne limitait pas la protection contre les clauses abusives aux consommateurs. La prise en compte de l'expérience des parties se justifiait alors dans la mesure où l'on peut attendre d'un professionnel qu'il soit plus expérimenté en affaire qu'un consommateur et qu'il supporte ainsi les conséquences de son inattention de manière plus stricte. Or, le champ d'application de l'art. 8 LCD, tel que finalement adopté, est limité aux seuls consommateurs. Il serait ainsi préférable que ces derniers soient tous traités de la même façon, à tout le moins lors d'un contrôle abstrait.

348. Quoi que l'on pense de la pertinence du critère de la bonne foi, il faut retenir que le critère décisif d'appréciation du caractère déloyal d'une clause incluse dans des conditions générales est la disproportion notable entre les droits et obligations des parties[539]. Le critère de la bonne foi « permet au juge

534 Message LCD, p. 5567.

535 BÜYÜKSAGIS, p. 1408.

536 Voir notamment HESS/RUCKSTUHL, p. 1212 et MARCHAND (2011), p. 330.

537 *Supra*, N 306 ss.

538 Message LCD, p. 5567.

539 BÜYÜKSAGIS, p. 1408.

d'apprécier le déséquilibre notable et injustifié créé par la clause en cause en fonction de critères objectif et subjectif »[540].

b. Disproportion notable entre les droits et obligations des parties

349. Dans son ancienne version, l'art. 8 LCD prévoyait deux critères objectifs alternatifs : la dérogation notable au droit en vigueur et la disproportion notable entre les droits et obligations des parties. Le texte adopté ne retient que le second et se rapproche ainsi de la notion du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties de l'art. 3 al. 1 Directive 93/13[541].

350. Ce critère est décisif dans l'examen d'une clause potentiellement déloyale. Le législateur a choisi de ne pas le définir et d'octroyer au juge un large pouvoir d'appréciation. Il devra tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas en question[542], notamment en prenant en compte le contrat dans sa globalité et l'expérience des parties[543].

351. Le Conseil fédéral fait expressément référence à la Directive 93/13 dans le Message LCD et y mentionne son annexe comportant une liste de clauses réputées abusives[544]. L'introduction en droit suisse d'une telle liste aurait été souhaitable pour apporter plus de précision à cette disposition[545]. De plus, l'introduction de cette liste dans la Directive 93/13 a pour conséquence de renverser le fardeau de la preuve au bénéfice du consommateur : une clause de cette liste étant réputée abusive, il appartient au professionnel de prouver le contraire[546]. Selon FORNAGE, la référence faite par le Conseil fédéral à la Directive 93/13 doit conduire le juge suisse à interpréter la notion du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties

---

540 BÜYÜKSAGIS, p. 1408.

541 Message LCD, p. 5561 ; FORNAGE, N 1008.

542 FORNAGE/PICHONNAZ, p. 289.

543 BÜYÜKSAGIS, p. 1408.

544 Message LCD, p. 5561.

545 Du même avis : MARCHAND (2011), p. 329.

546 BÜYÜKSAGIS, p. 1408 ; FORNAGE, N 1025.

conformément à la jurisprudence de la CJUE et à « prendre en compte » la liste annexée à cette Directive[547]. Cependant, il n'apparaît pas que la volonté du législateur ou du Conseil fédéral ait été telle[548]. Il est cependant souhaitable que le juge s'inspire de la jurisprudence de la CJUE. Cela conférerait une plus grande prévisibilité à l'art. 8 LCD ce qui renforcerait la confiance des consommateurs et augmenterait l'efficacité de cette disposition[549].

c. Contrat conclu avec un consommateur

352. En premier lieu, on rappellera que l'art. 8 LCD ne s'applique que dans la mesure où les clauses du contrat réputées déloyales sont incluses dans des conditions générales[550].

353. La notion de consommateur n'a pas été définie dans la LCD. Celle-ci fait l'objet de diverses acceptions en droit suisse, d'où ressortent quatre éléments de définition[551] : (i) se limitant aux personnes physiques[552] (ii) parties à un contrat portant sur une prestation de consommation courante[553] (iii) conclu à des fins sans rapport avec une activité commerciale[554] et (iv) dont le cocontractant agit en tant que professionnel[555].

---

547 FORNAGE, N 1008 et 1010.

548 Le Message LCD indique que l' « art. 8, let. b, LCD s'inspire largement de l'art. 3 de la directive, cité dans la phrase qui précède. Toutefois, dans l'annexe de la directive figure une liste non exhaustive de clauses susceptibles d'être qualifiées d'abusives ». Il ne semble pas que ce renvoi permette de conclure que le juge suisse doive interpréter la « disproportion notable » conformément à la jurisprudence de la CJUE sur la notion de « déséquilibre significatif ». L'utilisation du terme « toutefois » démontre par ailleurs une volonté de distinguer l'art. 8 LCD de l'art. 3 de la Directive.

Par ailleurs, l'argument qui consiste à dire que les normes de droit interne qui sont adoptées dans le but de transposer une norme de droit de l'Union européenne doivent être interprétées conformément au droit de l'Union européenne (voir ATF 129 III 335, JdT 2003 II 75 ; voir également PICHONNAZ (2012), p. 141) ne trouve pas application en l'espèce dans la mesure où il ne s'agit pas à proprement parler d'une transposition.

549 Voir MARCHAND (2011), p. 329.

550 Sur la notion de conditions générales, voir *supra*, N 243 ss.

551 Pour plus de détails sur ces quatre éléments de définition, se référer à THOUVENIN, N 16 ss.

552 Art. 40a ss CO ; art. 3 LCC.

553 Art. 32 al. 2 CPC ; art. 120 al. 1 LDIP.

554 Art. 32 al. 2 CPC ; art. 120 al. 1 LDIP ; art. 3 LCC.

555 Art. 32 al. 2 CPC.

354. La doctrine majoritaire s'accorde sur le fait que le consommateur doit être une personne physique[556]. Cela est regrettable dans le cadre de l'art. 8 LCD car les personnes morales[557], bien que supposées être rompues aux affaires[558], se trouvent dans une situation similaire à celle des consommateurs[559]. Ceci est d'autant plus vrai – à une époque où la communication électronique est omniprésente – que les entreprises doivent être actives sur les principaux univers virtuels (en particulier les réseaux sociaux tel que Facebook, Twitter ou LinkedIn) tant ceux-ci sont devenus nécessaires pour assurer une présence médiatique et un outil indispensable pour faire de la publicité, quel que soit le domaine d'activité de l'entreprise.

355. Le deuxième élément de définition se rapporte à l'objet du contrat conclu par le potentiel consommateur. Pour être considérée comme telle, la prestation doit être d'usage courant. Cet élément ne doit pas être retenu dans le cadre de la LCD qui a vocation à s'appliquer autant pour les biens que pour les services et de façon plus étendue[560].

---

556 Voir notamment MARCHAND (2012), p. 23 ; THOUVENIN, N 18 et les notes citées en note 19 ; contra : PICHONNAZ (2012), p. 141, qui soutient que les personnes morales sans but lucratif doivent être considérées comme des consommateurs.

557 Il est important de noter à ce stade que les personnes morales peuvent être liées à un univers virtuel, par l'intermédiaire d'un employé ; voir *supra*, N 190.

558 Voir notamment MARCHAND (2011), p. 330.

559 Pas directement en lien avec le contexte des univers virtuels mais pertinent en l'espèce, le Conseil fédéral soutient de manière générale que les PME se trouvent souvent dans la même situation que les consommateurs (Message LCD 2009, p. 5561). Il est à noter que ce Message commentait le projet de révision de l'art. 8 LCD et que celui-ci ne prévoyait pas de limiter le champ d'application personnel de cette norme aux consommateurs. Ainsi, ce passage ne permet pas d'interpréter la notion de consommateur au sens de l'art. 8 LCD en vigueur.

560 THOUVENIN, N 19 ; voir également MARCHAND (2012), p. 20 s., qui précise que ce deuxième élément est une spécificité du droit international privé. Le Tribunal fédéral a utilisé l'usage courant comme un critère quantitatif pour limiter l'application des normes défendant les intérêts des consommateurs (ATF 132 III 268 ; TF du 8 février 2008, 4A_432/2007). A ce titre, cet élément n'a pas de portée propre dans le cadre des univers virtuels dans la mesure où ils ne représentent pas une « affaire » importante du point de vue du coût d'accès et d'utilisation de la plateforme. La situation est différente pour ce qui est des acquisitions de biens virtuels dont le prix est élevé. Cependant dans un tel cas, le rapport contractuel existe entre deux utilisateurs et non entre l'opérateur et l'utilisateur. Par conséquent, une telle situation sort du champ de la présente recherche.

356. Le troisième critère de cette définition est que la personne « doit agir à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle »[561]. Dans les cas où la personne agit en tant que professionnelle mais où l'opération n'est pas directement liée à son activité, le test de prépondérance sera applicable[562]. Sans expressément mentionner le test de la prépondérance, certains auteurs indiquent que la notion de consommateur pourra être interprétée de façon large selon les circonstances[563].

357. Enfin, le quatrième élément prévoit que le cocontractant du potentiel consommateur doit être un professionnel. Cette condition n'appelle pas de commentaire particulier dans le cadre de cette étude dans la mesure où les opérateurs d'univers virtuels seront toujours considérés comme des professionnels[564].

358. Dans le contexte des univers virtuels, on doit alors considérer qu'une personne physique qui utilise une telle plateforme est un consommateur, à moins qu'il n'agisse dans le cadre de son activité professionnelle. Si l'on se réfère à l'exemple de Monsieur Bragg[565], la solution est claire : il serait considéré par un juge suisse comme étant un consommateur, son activité d'avocat n'ayant aucun lien avec son activité dans Second Life[566]. La solution est également claire dans le cas des personnes morales : celles-ci ne peuvent être considérées comme des consommatrices *de lege lata*. La conséquence – une personne morale ne peut pas se prévaloir de l'art. 8 LCD – est regrettable tant l'activité sur les univers virtuels (et notamment sur les réseaux sociaux) est importante

---

561 PICHONNAZ (2012), p. 141 ; voir également THOUVENIN, N 20.

562 FORNAGE, N 188 ss ; PICHONNAZ (2012), p. 141. Le test de prépondérance est similaire au test de prédominance discuté dans le cadre de l'analyse du droit de l'Union européenne, *supra*, N 294 ss.

563 BÜYÜKSAGIS, p. 1398 ; SCHMID, p. 7 s.

564 Le fait que l'utilisation de la plateforme soit souvent gratuite ne contrevient pas à ce raisonnement car l'activité des opérateurs est bel et bien une activité commerciale qu'ils exercent en tant que professionnels, notamment en vendant de la publicité ou des informations personnelles des utilisateurs à des tiers.

565 *Supra*, N 273 ss.

566 Son activité dans Second Life pourrait néanmoins être qualifiée de professionnelle s'il utilisait Second Life dans un but lucratif, qualifiant alors celle-ci d'activité professionnelle. Les faits de cette affaire ne permettent pas de se déterminer sur cette question.

et représente une nécessité commerciale (notamment en matière de publicité et de relation avec les clients) pour un grand nombre de sociétés. A ce titre, leur unique choix est de participer ou non à la vie numérique sans possibilité de négocier certains termes du contrat, les plaçant ainsi dans une position similaire à celle des consommateurs vis-à-vis des opérateurs.

d. Qualité pour agir et sanction

359. Selon l'art. 9 al. 1 LCD, celui qui subit une atteinte dans ses affaires ou ses intérêts économiques peut demander au juge de l'interdire (*lit.* a), de la faire cesser (*lit.* b) ou d'en constater le caractère illicite (*lit.* c). L'art. 10 al. 1 LCD dispose que les actions prévues à l'art. 9 LCD peuvent aussi être intentées par les clients – *i.e.* les utilisateurs, dans le cadre d'un litige les opposant à l'opérateur d'un univers virtuel – dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par un acte de concurrence déloyale.

360. L'art. 10 al. 1 LCD est problématique dans le contexte des univers virtuels qui sont offerts à titre gratuit. En effet, il ne s'appliquera que dans la mesure où un intérêt économique est présent[567]. Or, s'il y a un intérêt économique, l'utilisateur de l'univers virtuel en fait usage à des fins commerciales et, partant, ne sera pas considéré comme un consommateur selon l'art. 8 LCD[568]. Ainsi, il apparaît que la sanction des clauses déloyales prévue par l'art. 8 LCD ne serait susceptible de s'appliquer que si l'univers virtuel est offert à titre onéreux, ce qui limiterait grandement le contrôle des conditions générales dans ce domaine puisque les univers virtuels sont généralement offerts à titre gratuit (sous réserve de la contre-prestation consistant à autoriser l'opérateur de traiter les données personnelles[569]).

361. Cependant, le but premier de la LCD étant de garantir une concurrence loyale[570] et la notion de consommateur ayant récemment été introduite dans

---

567 SHK UWG-JUNG, art. 10 N 18 ; MARCHAND (2012), p. 78 s.

568 *Supra*, N 353 ss.

569 *Supra*, N 153 ss.

570 Art. 1 LCD. Cette formulation fait référence à une notion économique.

cette loi par la révision de l'art. 8 LCD[571], il est loisible de supposer que le législateur a omis d'imaginer l'hypothèse du consommateur d'un service gratuit. En ce sens, il paraît juste d'interpréter la notion d'intérêt économique de façon plus large, de manière à inclure notamment l'intérêt de réseautage et de communication[572] et la prestation non pécuniaire de l'utilisateur (*i.e.* l'autorisation donnée à l'opérateur d'univers virtuels d'exploiter ses informations personnelles dans un but commercial) qui comporte un intérêt économique pour l'opérateur d'un univers virtuel[573] et pour l'utilisateur en question (*i.e.* l'intérêt de contrôler ses données personnelles). Cette interprétation permettrait ainsi à un utilisateur de Facebook par exemple d'avoir la qualité pour agir sur la base de l'art. 10 al. 1 LCD. Il en irait autrement pour les univers virtuels qui n'ont qu'un intérêt ludique, pour autant qu'ils soient offerts à titre gratuit.

362. En droit de l'Union européenne, la qualité pour agir appartient aux consommateurs, sans précision d'un intérêt spécifique. La question de la qualité pour agir a cependant été soulevée devant une Cour française[574] en relation avec la notion de consommateur : peut-on considérer que l'utilisateur d'un service gratuit est un consommateur ? Dans cette affaire, opposant un utilisateur à Facebook, la Cour a admis la qualité pour agir de celui-ci en expliquant que, même si ce réseau social est un service offert à titre gratuit, Facebook exploite les données personnelles des utilisateurs et en retire un bénéfice[575]. Le critère décisif n'est alors pas l'intérêt économique du consommateur, mais le contexte commercial global du service qui lui est offert.

---

571 *Supra*, N 353 ss.

572 *E.g.* les utilisateurs de Facebook utilisent cette plateforme de manière intensive pour communiquer. Pour nombre d'entre eux, il a remplacé l'envoi d'emails ou de SMS, démontrant ainsi l'intérêt à pouvoir requérir le contrôle des conditions générales en vertu de l'art. 8 LCD.

573 Voir les développements en ce sens d'une Cour française, *infra*, N 362.

574 *Sébastien R. c. Facebook*, arrêt du 23 mars 2012 de la Cour d'appel de Pau 1ère chambre, n° 12-1373.

575 *Supra*, N 297.

363. Il est à noter que dans les cas où l'art. 10 al. 1 LCD permet au consommateur d'intenter une action en vertu de l'art. 8 LCD, il pourra également introduire une action en dommages-intérêts, conformément au code des obligations[576].

364. La qualité pour agir appartient également aux associations de consommateurs (art. 10 al. 2 *lit*. a LCD) et à la Confédération dans la mesure où les intérêts de plusieurs personnes subissent une atteinte (art. 10 al. 3 *lit*. b LCD). La question de savoir si la même restriction relative au type d'intérêts protégés (qui doivent être des intérêts économiques) prévue par l'art. 10 al. 1 LCD s'applique. Le renvoi à l'art. 9 al. 1 LCD des alinéas 2 et 3 de l'art. 10 LCD pourrait le laisser penser. Cependant, il peut être renvoyé, dans ce contexte, au développement concernant la qualité pour agir des consommateurs[577].

365. Dans les cas où une violation est constatée (d'office[578] ou sur requête d'une partie), les conditions générales seront frappées de nullité partielle au sens de l'art. 20 al. 2 CO[579]. Les conditions générales seront donc valides, en ignorant les clauses abusives, si le contrat peut subsister sans ces dernières. En outre, l'adaptation des clauses abusives par le juge n'est pas prévue par la loi. La question est débattue en doctrine[580] et a été tranchée par la négative par le Tribunal fédéral[581].

iii. Synthèse et proposition de lege ferenda

366. Les conditions du contrôle de la validité des conditions générales en droit suisse ont bien évolué après la révision de l'art. 8 LCD. Le législateur suisse s'est inspiré du droit de l'Union européenne pour l'adaptation de son droit

---

576 Art. 9 al. 3 LCD.

577 *Supra*, N 359 ss.

578 Voir notamment KUONEN, p. 33.

579 Cette « sanction » ne ressort pas de la loi, mais du Message du Conseil fédéral (Message LCD 2009, p. 5568) et de la doctrine (FORNAGE, N 1028 ; PICHONNAZ (2012), p. 144 ; *contra* : KUONEN, p. 28 ss).

580 Voir notamment MARCHAND (2012), p. 150 ss et PICHONNAZ (2012), p. 144 ; pour une analyse des différents points de vue de la doctrine, voir TF du 18 décembre 2008, 4A_404/2008 et les références citées.

581 TF du 18 décembre 2008, 4A_404/2008, rendu en application de l'ancien art. 8 LCD mais pertinent également pour l'art. 8 LCD actuel.

interne, ce qui permet d'affirmer qu'il devrait être plus efficace qu'avant, le système européen ayant déjà été éprouvé devant les tribunaux. Cependant, la protection contre les clauses déloyales n'est toujours pas parfaite en droit suisse, cela pour trois raisons.

367. Premièrement, il est regrettable que la condition selon laquelle les contractants des conditions générales doivent être des consommateurs ait été retenue dans la version finalement adoptée de l'art. 8 LCD. Le projet de révision prévoyait une protection élargie en ne limitant pas le champ d'application personnel de cette disposition aux consommateurs. La justification d'une telle limitation se fonde sur le principe de la liberté contractuelle. Les personnes exerçant une activité commerciale sont supposées être rompues aux affaires et il n'est ainsi pas nécessaire de les protéger au même titre que les consommateurs[582]. Cependant, le déséquilibre est tel entre les opérateurs des principaux univers virtuels et leurs utilisateurs – qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales – qu'il serait justifié d'étendre la protection de l'art. 8 LCD à ces dernières[583]. À ce titre, le critère de déséquilibre entre les parties tel que proposé par le DCFR[584] – sans limiter l'application de la norme aux contrats conclus avec des consommateurs – semble mieux adapté pour prendre en compte l'ensemble des circonstances et ne pas exclure de la protection des acteurs du marché qui se retrouvent dans une situation de faiblesse comparable à celle d'un consommateur.

368. Deuxièmement, il est souhaitable que la qualité pour agir des art. 9 et 10 LCD soit précisée pour les cas où un service est offert à titre gratuit et présente, sinon un intérêt économique, un intérêt digne de protection (*e.g.* un moyen de communication important). En l'espèce, il semble opportun à ce titre que les utilisateurs, de même que les associations qui ont pour but de les protéger, puissent agir en justice pour requérir le contrôle des conditions générales.

---

582 Voir notamment MARCHAND (2011), p. 330.

583 Voir *supra*, N 354.

584 Voir *supra*, N 295.

369. Enfin, l'inclusion dans la loi d'une liste de clauses réputées abusives est souhaitable à double titre : de manière à rendre plus prévisible l'application de l'art. 8 LCD d'une part et, d'autre part, pour alléger le fardeau de la preuve de l'utilisateur invoquant cette disposition en la transférant au rédacteur des conditions générales.

D. Clauses particulières

370. Le contrôle des conditions générales ayant été analysé de façon générale ci-dessus, ce chapitre se focalisera sur l'étude de clauses particulières qui sont incluses dans la plupart des contrats d'utilisation d'un univers virtuel. Les dispositions du droit positif suisse susceptibles d'entraîner la nullité[585] de telles clauses seront analysées ainsi que les limites posées par l'art. 8 LCD.

371. Quatre clauses typiques seront ainsi analysées : celles relatives à la propriété intellectuelle des contenus générés par les utilisateurs (1) ; les clauses interdisant le transfert d'un compte-utilisateur à un tiers (2) ; les clauses autorisant l'opérateur d'un univers virtuel à collecter et utiliser les données personnelles des utilisateurs (3) ; et les clauses de modification unilatérale du contrat (4).

1. Sort de la propriété intellectuelle du contenu généré par les utilisateurs

372. Les contrats d'utilisation d'un univers virtuel contiennent tous une clause réglant le sort de la propriété intellectuelle rattachée au contenu généré par les utilisateurs[586]. Celle-ci prévoit que l'utilisateur octroie une licence non-exclusive à l'opérateur pour tout contenu publié sur la plateforme. Elles sont

585 Art. 20 CO.

586 Voir notamment l'art. 2.1 Facebook ToS, art. 5 Twitter ToS et art. 7 Second Life ToS.

nécessaires afin d'autoriser l'opérateur à publier ces contenus et de les rendre accessibles aux autres utilisateurs sans violer un droit d'auteur[587].

373. Cependant ces clauses sont rédigées de façon très large[588] et ne spécifient pas précisément les types d'utilisations visées. Elles autorisent les opérateurs à utiliser les œuvres créées par les utilisateurs en dehors de la plateforme, notamment en poursuivant un but commercial[589].

374. Les œuvres visées par la licence ne sont pas définies. Il s'agit de toutes œuvres publiées en ligne par les utilisateurs au cours du contrat, pour une durée indéterminée. Par ailleurs, certains contrats d'utilisation d'un univers virtuel prévoient que la licence prend fin par l'effacement du contenu par les utilisateurs[590].

375. Dans la mesure où les termes de ces clauses sont larges, on peut se demander si elles ne font pas naître un engagement excessif (art. 27 al. 2 CC) de la part des utilisateurs (*i*) ou si elles peuvent être considérées comme abusives au sens de l'art. 8 LCD (*ii*).

i. Art. 27 al. 2 CC

376. L'art. 27 al. 2 CC dispose que nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs. Cette disposition a pour but la protection de la personnalité.

377. Un des effets de l'art. 27 al. 2 CC, par le biais de l'art. 20 CO, est de limiter la liberté contractuelle des parties[591] : en matière de droit d'auteur, d'une part, concernant l'objet et la portée du contrat (*a*) et, d'autre part, de manière

---

587 Pour une discussion des droits d'auteur en question, voir *infra*, N 710 ss.

588 Voir par exemple l'art. 2.1 Facebook ToS qui prévoit que l'utilisateur octroie à Facebook une licence « *non-exclusive, transferable, sub-licensable, royalty-free, worldwide […] to use any IP content that you post on or in connection with Facebook (IP License)* ». A ce propos, voir la Recommandation n° 2014-02.

589 Voir notamment l'art. 5 Twitter ToS et l'art. 2.1 Facebook ToS.

590 Voir notamment l'art. 2.1 Facebook ToS et l'art. 7 Second Life ToS.

591 TERCIER/PICHONNAZ, N 747 ss.

générale quant à la durée du contrat[592] (*b*). La sanction d'un contrat violant l'art. 27 al. 2 CC est la nullité relative, *i.e.* la victime de l'atteinte peut refuser l'exécution du contrat[593].

a. Relatif à l'objet et à la portée du contrat

378. La doctrine considère qu'une cession de droits d'auteur peut porter sur des œuvres futures[594]. Cependant, celle-ci doit être limitée aux formes connues et ne peut porter sur toutes formes d'exploitations futures car ceci contreviendrait à l'art. 27 al. 2 CC[595].

379. En l'espèce, les principaux univers virtuels ne prévoient pas une cession des droits de propriété intellectuelle, mais une licence non exclusive portant sur ces derniers[596]. Ces licences portent sur les œuvres qui sont publiées par les utilisateurs dans les univers virtuels. L'octroi de cette licence d'utilisation est ainsi subordonné à la volonté de l'utilisateur : c'est son acte – *i.e.* le téléchargement d'un contenu vers l'univers virtuel – qui détermine l'objet de la licence. Partant, ceci n'entraîne pas un engagement excessif au sens de l'art. 27 al. 2 CC puisque l'utilisateur conserve un contrôle sur les droits qu'il concède, quand bien même la portée de la licence est très étendue.

380. Il est à noter que ce raisonnement ne s'appliquerait pas si, en lieu et place de l'octroi d'une licence, la clause contractuelle prévoyait la cession du droit d'auteur pour une utilisation sous toute forme connue ou inconnue. En effet, si l'utilisateur décidait de la cession pour chacune de ses œuvres, ceci constituerait un engagement excessif[597].

---

592 Il est à noter que le fondement de l'illicéité des contrats éternels peut également découler de l'art. 2 CC : « la partie qui exige le maintien d'un engagement excessif abuse de son droit » (ATF 114 II 159, JdT 1989 I 2).

593 ATF 129 III 209 ; CR CC I-MARCHAND, art. 27 N 18.

594 BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 10 et art. 16 N 9.

595 BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 10 ; CRPI/LDA-DE WERRA, art. 16 N 14 ; HILTY (2011), N 271 ss.

596 *Supra*, N 372 ss.

597 BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 10 ; CRPI/LDA-DE WERRA, art. 16 N 14 ; HILTY (2011), N 271 ss.

b. Relatif à la durée du contrat

381. L'art. 27 al. 2 CC est l'un des fondements de l'illicéité des contrats éternels[598]. Par ailleurs, un contrat conclu pour une durée excessive peut également être limité par cette disposition[599].

382. Les contrats d'utilisation d'un univers virtuel sont des contrats conclus pour une durée indéterminée[600] et qui peuvent être résiliés en tout temps par l'une ou l'autre des parties[601].

383. En principe, la résiliation du contrat met fin à la licence octroyée par les utilisateurs à l'opérateur d'un univers virtuel. L'art. 27 al. 2 CC ne devrait ainsi pas s'appliquer dans ce cadre. Il convient cependant de se pencher sur deux cas : concernant Twitter d'une part et, d'autre part, Facebook.

384. L'art. 10 al. 4 Twitter ToS prévoit que la licence concédée par les utilisateurs est maintenue après la fin du contrat ; aucune limite de temps n'étant prévue par ailleurs. Dans un tel cas, la fin du contrat n'entraîne pas la résiliation de la licence qui perdure. Par conséquent, l'art. 27 al. 2 CC sera applicable et cette clause nulle (art. 20 CO).

385. L'art. 2.1 *in fine* Facebook ToS stipule que la licence prend fin pour chaque contenu par sa suppression du compte de l'utilisateur, sauf si le contenu en question a été partagé avec d'autres utilisateurs et que ceux-ci ne l'ont pas supprimé[602]. A priori, cette dernière condition fait dépendre la fin de la licence du comportement de tiers. On pourrait alors envisager l'application de l'art. 27 al. 2 CC, dans la mesure où la licence est potentiellement éternelle et qu'elle n'est pas résiliable par le seul fait de l'utilisateur. Cependant, l'art. 2.1 Facebook ToS ne s'applique que pour la durée du contrat[603]. L'utilisateur

---

598 ATF 129 III 209 ; ATF 114 II 159, JdT 1989 I 2 ; voir *supra*, note 592.

599 ATF 114 II 159, JdT 1989 I 2.

600 *Supra*, N 237 ss.

601 *Infra*, N 418 ss.

602 « *This IP License ends when you delete your IP content or your account unless your content has been shared with others, and they have not deleted it* ».

603 Art. 15 Facebook ToS *a contrario*.

ayant ainsi la faculté de résilier la licence en tout temps, celle-ci n'est pas éternelle et, partant, pas contraire à l'art. 27 al. 2 CC. Cela engendre l'obligation de Facebook de supprimer de sa plateforme et de cesser toute utilisation[604] de tous les contenus publiés par les utilisateurs qui résilient leur contrat d'utilisation, même s'ils ont été partagés avec des tiers (utilisateurs ou partenaires commerciaux)[605]. A défaut, Facebook n'étant plus au bénéfice d'une licence portant sur l'utilisation de ces contenus, cette société violerait les droits de propriété intellectuelle y relatifs.

386. De manière générale, tombera sous le coup de la nullité toute licence qui serait prévue sans limite de temps et sans que l'utilisateur puisse la résilier de manière unilatérale et en tout temps.

387. La doctrine a suggéré qu'une limite de la durée d'un contrat portant sur un droit de propriété intellectuelle fixée à 30 ans est raisonnable[606]. A considérer que les univers virtuels en question existent encore dans un futur relativement lointain, cette durée paraît excessive compte tenu de la portée très large des licences conférées par les utilisateurs aux opérateurs[607]. Dans la mesure où le but principal de cette licence est de permettre à l'opérateur d'offrir l'accès et l'utilisation de sa plateforme sans violer les droits de propriété intellectuelle de ses utilisateurs[608], la durée de la licence devrait être liée au contrat d'utilisation de l'univers virtuel. Lorsque ce dernier est résilié, la licence est également résiliée.

---

604 Sous réserve des copies de sauvegarde, lesquelles ne sont pas mises à disposition des tiers (art. 2.2 et 15 Facebook ToS).

605 Il serait intéressant de vérifier dans quelle mesure ceci est appliqué par Facebook en pratique.

606 CR CC I-MARCHAND, art. 27 N 56 ; SPIRO, N 468.

607 L'engagement excessif relatif à la durée d'un contrat s'apprécie en fonction de l'objet du contrat (CR CC I-MARCHAND, art. 27 N 54) : en l'espèce l'objet et la portée de la licence.

608 *Supra*, N 372.

ii. Art. 8 LCD

388. On peut se demander si, outre les limites impératives à la liberté contractuelle analysées ci-dessus[609], les licences en faveur des opérateurs qui sont prévues dans les contrats d'utilisation d'un univers virtuel sont abusives au sens de l'art. 8 LCD[610]. Il convient pour cela de distinguer divers éléments.

389. Premièrement, tous les contrats d'utilisations prévoient une licence en faveur de l'opérateur visant l'utilisation des contenus publiés sur leur plateforme par les utilisateurs[611]. Dans la mesure où une telle licence est nécessaire pour éviter à l'opérateur de violer les droits de propriété intellectuelle de ses utilisateurs en exploitant sa plateforme, on ne peut pas considérer que celle-ci crée un déséquilibre et, partant, est abusive.

390. Deuxièmement, ces licences autorisent parfois l'opérateur à effectuer toute utilisation commerciale, en dehors du cadre de l'univers virtuel, sans contrepartie financière pour l'utilisateur[612]. Dans cette hypothèse, l'utilisation dépasse le cadre de l'exploitation de l'univers virtuel. Cependant, pour considérer que cela crée un déséquilibre, il faut analyser le contrat dans sa globalité. D'une part, l'accès et l'utilisation de la plateforme sont généralement offerts à titre gratuit. D'autre part, la licence est non-exclusive, ce qui permet à l'utilisateur d'exploiter les droits de propriété intellectuelle liés à son contenu en parallèle. Ainsi, une telle licence ne constitue pas une clause abusive.

391. Enfin, certains contrats d'utilisation d'un univers virtuel stipulent que la licence n'est pas résiliée par la suppression du contenu ou par la résiliation du contrat par l'utilisateur[613]. Ceci crée un déséquilibre en faveur de l'opérateur puisque la licence octroyée par les utilisateurs est éternelle *de facto*. Contrairement aux deux premières hypothèses, il ne semble pas que ce

---

609 *Supra*, N 376 ss.

610 Pour une analyse des conditions de l'art. 8 LCD, voir *supra*, N 338 ss.

611 *Supra*, N 372 ; voir par exemple l'art. 2.1 Facebook ToS.

612 Voir par exemple l'art. 5 Twitter ToS.

613 *Supra*, N 384 s.

déséquilibre soit guéri par une contrepartie suffisante fournie par l'opérateur. Par ailleurs, une telle clause contrevient au critère de la bonne foi en ce que l'utilisateur moyen d'un univers virtuel ne peut s'attendre à ce que l'opérateur soit en droit de continuer à utiliser ses contenus après qu'ils aient été effacés ou après la résiliation du contrat. Il faut ainsi considérer qu'une telle clause est contraire à l'art. 8 LCD.

2. Clauses interdisant le transfert du compte-utilisateur sans accord préalable

392. Les contrats d'utilisation d'un univers virtuel prévoient que les comptes des utilisateurs ne peuvent pas être transférés à des tiers sans l'accord préalable de l'opérateur[614]. Un tel transfert revient en fait à modifier les parties au contrat : l'opérateur devient lié contractuellement au cessionnaire du contrat.

393. Le contrat d'utilisation d'un univers est un contrat bilatéral[615]. Ainsi, même s'il n'interdit pas explicitement la substitution de partie, il faut considérer que cela est contraire au droit suisse.

394. Le CO ne prévoit pas de dispositions réglant le transfert d'un contrat. Les articles 164 ss CO traitent de la cession de créances qui n'entre pas en compte en l'espèce puisqu'elle se limite à la cession d'une ou plusieurs créances découlant du contrat[616] et non à son intégralité[617]. Une telle clause n'est par conséquent pas problématique.

3. Traitement des données personnelles des utilisateurs

395. Les contrats d'utilisation d'un univers virtuel autorisent les opérateurs à traiter les données des utilisateurs, notamment dans un but commercial[618]. Ce point étant particulièrement sensible, les règles concernant la vie privée

---

614 Voir notamment l'art. 4.9 Facebook ToS ; art. 3.1 Second Life ToS.

615 *Supra*, N 237 ss.

616 TF, 4C.41/2003 (24.06.2003).

617 CR CO I-PROBST, art. 164 N 10 ; pour une présentation plus détaillée du transfert de contrat en droit suisse, voir BAUER.

618 *Supra*, N 153 ss.

(« *privacy policy* ») des utilisateurs font généralement l'objet d'un document séparé auquel il est renvoyé dans le contrat de base[619].

396. Le traitement de ces données doit respecter les principes édictés, en droit suisse[620], dans la loi sur la protection des données (i). De manière générale, le consentement de l'utilisateur est requis pour le traitement de ses données personnelles. La portée de ce consentement est définie par les conditions générales (ii). Par conséquent, les opérateurs doivent, d'une part, respecter les prescriptions légales et, d'autre part, ne pas sortir du cadre du consentement tel qu'il ressort des conditions générales.

i. Selon la loi

397. La LPD « vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données » (art. 1 LPD). Son champ d'application s'étend notamment au traitement, par des personnes privées, de données personnelles relatives à des personnes physiques ou morales (art. 2 al. 1 *lit.* a LPD). Deux types de données sont visées par cette loi : les données personnelles (*i.e.* toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable, art. 3 *lit.* a LPD)[621] et les données

---

619 Voir notamment l'art. 2 Twitter ToS, l'art. 8 Second Life ToS et l'art. 2.3 Facebook ToS. Il est intéressant de relever que l'art. 17.1 Facebook ToS – qui a vocation à s'appliquer uniquement pour les utilisateurs hors des Etats-Unis – mentionne expressément que l'utilisateur consent au traitement de ses données personnelles. Sur l'articulation du contrat et des différents documents qui le compose, voir *supra*, N 220 ss.

620 A ce titre, l'art. 139 al. 1 LDIP (par renvoi de l'art. 139 al. 3 LDIP) dispose que le droit applicable, selon le choix du lésé, est : (a) celui de l'Etat de sa résidence habituelle, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet Etat ; (b) celui de l'Etat dans lequel l'auteur de l'atteinte a son établissement ou sa résidence habituelle ; ou (c) celui de l'Etat dans lequel le résultat de l'atteinte se produit, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet Etat.

Le droit suisse est ainsi susceptible de s'appliquer, selon la *lit.* a de cette disposition, lorsque l'utilisateur réside en Suisse : l'opérateur qui met sa plateforme à disposition des utilisateurs vivant en Suisse doit s'attendre à ce que celle-ci y soit effectivement utilisé.

621 Il s'agit par exemple du nom, de l'adresse, des activités professionnelles et de loisirs, etc. des utilisateurs. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a récemment jugé que les adresses IP – lesquelles sont stockées par les opérateurs, ce qui leur permet d'obtenir des renseignements sur le lieu depuis lequel les utilisateurs accèdent à la plateforme – constituent des données personnelles au sens de l'art. 3 *lit.* a LPD en tant qu'elles rendent identifiables les personnes se connectant à Internet depuis celles-ci (ATF 136 II 508, JdT 2011 II 446).

sensibles (art. 3 *lit.* c LPD)[622]. Partant, cette loi est applicable dans le cadre des réseaux sociaux et des mondes virtuels.

398. Le Tribunal fédéral a précisé que « [t]oute atteinte à la personnalité n'est pas forcément illicite »[623]. En effet, l'art. 13 al. 1 LPD prévoit des motifs justificatifs, notamment donnés par le consentement de la victime ou par un intérêt privé prépondérant.

399. Le consentement peut justifier que le traitement des données soit effectué[624]. Il est donné valablement lorsque l'utilisateur exprime sa « volonté librement et après avoir été dûment informé » (art. 4 al. 5 LPD). Cela suppose qu'avant de donner son consentement, la personne visée doit avoir pris connaissance des modalités du traitement de ses données personnelles, du but de celui-ci et des conséquences négatives qu'il pourrait entraîner[625]. À ce titre, il suffit « que la personne concernée soit au clair sur ce à quoi elle consent, *i.e.* qu'elle ait conscience de la portée de sa décision »[626]. La déclaration de consentement n'est pas soumise à une forme particulière[627], celle-ci pouvant intervenir valablement par un contrat conclu sur Internet. En définitive, c'est le contenu des conditions générales du contrat d'utilisation d'un univers virtuel qui permettra, au cas par cas, de déterminer si le consentement a été donné pour le type de traitement des données effectué[628]. Il faut conclure que cette condition est remplie dans les cas où les conditions générales sont claires sur la question

---

622 Les données sensibles sont des « données personnelles sur:
1. les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales,
2. la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race,
3. des mesures d'aide sociale,
4. des poursuites ou sanctions pénales et administratives ».

623 ATAF 2009/44, JdT 2010 I 396.

624 ATAF 2009/44, JdT 2010 I 396 ; BaK DSG-RAMPINI, art. 13 N 3 ss.

625 ATAF 2009/44, JdT 2010 I 396 ; MEIER P., N 823 ss.

626 ATAF 2009/44, JdT 2010 I 396 ; voir également MEIER P., N 860 ss.

627 MEIER P., N 869.

628 Voir *infra*, N 407 ss.

du traitement des données dans la mesure où celles-ci ont été valablement intégrées au contrat[629].

400. Si le consentement n'est pas valablement donné, le traitement des données personnelles par les opérateurs d'univers virtuels peut encore être justifié par un intérêt privé prépondérant (art. 13 al. 1 LPD). Il faut alors peser les intérêts en présence, soit l'intérêt de l'opérateur (lié tant au but du traitement de données qu'aux moyens permettant d'atteindre ce but[630]) et l'intérêt de l'utilisateur à ce que ses données personnelles ne soient pas indûment exploitées.

401. Dans deux arrêts relativement récents concernant des violations de la LPD dans le contexte d'Internet, le Tribunal fédéral a fait pencher la balance vers l'intérêt des personnes dont les données personnelles étaient traitées.

402. Dans l'arrêt *Google Street View*[631], le Tribunal fédéral a considéré que l'intérêt privé économique de Google ne justifiait pas une atteinte aux données personnelles des personnes reconnaissables sur les images publiées sur *Google Street View*[632].

403. Dans l'arrêt *Logistep*[633], le Tribunal fédéral a décidé que l'intérêt à l'exploitation (économique) des droits d'auteur des mandants de la société Logistep ne constituait pas un motif justificatif au sens de l'art. 13 al. 1 LPD.

404. À la lumière de ces arrêts, il convient de conclure que l'intérêt économique des opérateurs d'univers virtuels d'exploiter les données personnelles de leurs utilisateurs ne constitue pas un motif justificatif. La gratuité de la majorité des

---

629 *Supra*, N 248 ss.

630 ATAF 2009/44, JdT 2010 I 396.

631 ATF 136 II 346.

632 Pour une critique de la décision de la Cour inférieure (TAF du 30 mars 2011, A-7040/2009) qui était arrivée à la même conclusion, voir MEIER P., p. 69 ss. Cet auteur relève que le Tribunal administratif fédéral n'a examiné que la question de savoir « si les intérêts commerciaux privés de Google justifient l'atteinte portée à la personnalité des individus [sans égard à la] généralisation de Google Street View, sa gratuité pour l'utilisateur et sa simplicité [qui] participent à [son] sens d'un intérêt général et public à faciliter la localisation et les déplacements (à pied ou en véhicule), notamment des consommateurs, des touristes ou des livreurs ».

633 ATF 136 II 508, JdT 2011 II 446.

univers virtuels et les services de communications qu'ils offrent ne doivent pas conduire à reconnaître un intérêt « collectif » au traitement des données dans la mesure où celui-ci n'est pas nécessaire pour l'efficacité de ce système[634].

405. Il est ainsi primordial que les conditions générales d'utilisation des univers virtuels traitent de manière détaillée les questions liées au traitement des données personnelles des utilisateurs (*i.e.* les modalités, le but et les risques de celui-ci). À ce titre, la gratuité des services offerts par la majorité des univers virtuels et les avantages qu'ils procurent à leurs utilisateurs permettent de considérer que ceux-ci n'hésiteront pas à consentir à ce que leurs données personnelles soient traitées, le « prix » à payer n'étant pas considéré comme trop important.

406. Par ailleurs, la loi impose également que les données personnelles soient rendues accessibles aux personnes concernées par leur traitement (art. 8 LPD). Cela signifie que l'utilisateur d'un univers virtuel peut requérir du « maître du fichier » (*i.e.* l'opérateur) qu'il lui fournisse un fichier contenant toutes les informations le concernant. Ceci n'est pas toujours facilité en pratique, ce qui a été discuté en droit de l'Union européenne – en référence à l'art. 12 Directive 95/46 – qui prévoit un droit d'accès similaire à celui du droit suisse[635].

ii. Selon le contrat

407. Le traitement des données personnelles des utilisateurs par l'opérateur d'un univers virtuel est autorisé, de par la loi, à certaines conditions, notamment

---

634 L'exemple de *Google Street View* n'est pas transposable ici parce que le traitement des données par Google était indispensable à l'efficacité du système. Dans tous les cas, le Tribunal fédéral n'a pas considéré que l'intérêt de Google était suffisant pour constituer un motif justificatif au sens de l'art. 13 al. 1 LPD (ATF 136 II 346 ; voir également *supra*, note 632).

635 Le droit de l'Union européenne peut s'avérer utile dans le cas de Facebook notamment, étant donné que les utilisateurs résidents hors des Etats-Unis et du Canada sont liés contractuellement à Facebook Ireland Limited, une entreprise de droit irlandais. En ce sens, la question du lieu de l'acte ou du résultat importe peu pour déterminer si la Directive s'applique, le défendeur étant incorporé dans un État membre de l'Union (art. 2 ch. 1 CLug). Par exemple, la procédure d'accès aux données personnelles des utilisateurs de Facebook est rendue difficile par cette société, raison pour laquelle des sites Internet européens se mobilisent dans le but de faire respecter ce droit (voir notamment : http://www.europe-v-facebook.org/EN/Get_your_Data_/get_your_data_.html).

lorsque ceux-ci y consentent[636]. Il est dès lors important que les conditions générales définissent de façon claire les données qui seront exploitées et dans quel but.

408. À titre d'exemple, les conditions générales de Facebook renvoient à un document qui concerne uniquement le traitement des données personnelles des utilisateurs[637]. Celui-ci liste toutes les informations qui sont utilisées par Facebook (*e.g.* l'heure et la date de la connexion à la plateforme, le lieu depuis lequel la plateforme est consultée ou les photos et les statuts qui y sont publiés) et dans quel but, soit notamment la vente de ces données à des annonceurs.

409. Un aspect intéressant de la réglementation prévue par Facebook réside dans l'aspect dynamique de celle-ci (« *dynamic boundary regulation process* »[638]) : un système mis à disposition des utilisateurs leur permet de paramétrer le niveau de confidentialité des informations qu'ils choisissent de partager (par défaut ou au moment où elles sont effectivement publiées) sur le réseau social. Les utilisateurs ont ainsi un certain contrôle sur les destinataires de ces données. Trois paramètres sont proposés : public (accessible à toutes personnes sur Internet), « amis » (limitée au réseau de l'utilisateur) et « personnalisé » (« *custom* » ; paramètre qui permet de limiter les destinataires à certaines personnes dans le réseau de l'utilisateur ou à certains groupes que celui-ci aura prédéfinis). D'un point de vue juridique, chaque fois que l'utilisateur change un paramètre, le contrat – et ainsi l'étendue du consentement relatif au traitement des données personnelles des utilisateurs – est modifié. Cependant, si l'utilisateur peut contrôler la « publicité » de certaines données

---

636 *Supra*, N 398 ss.

637 http://www.facebook.com/about/privacy. Ce document contractuel est intégré au contrat d'utilisation de Facebook de par sa mention dans le texte des conditions générales (voir *supra*, N 221). Il est à noter que cette pratique qui consiste à séparer le document contractuel relatif à la protection des données privées est fréquente dans le contexte des contrats d'utilisation d'un univers virtuel (voir *supra*, N 220 ss).

638 XU, p. 1091.

personnelles[639] qu'il transmet sur le réseau, il ne peut pas modifier l'utilisation qui en est faite par Facebook[640] ; les conditions de celle-ci n'étant pas modulables.

410. En définitive, Facebook – cette réflexion étant bien entendu applicable par extension aux autres réseaux sociaux et mondes virtuels – a l'obligation de traiter les données personnelles des utilisateurs de sa plateforme en respectant ce qui est prévu par le contrat (*i.e.* les conditions générales et les paramètres définis dynamiquement par les utilisateurs)[641]. La définition claire des modalités et du but du traitement des données personnelles des utilisateurs permet ainsi à l'opérateur d'un univers virtuel de s'assurer que le consentement de ceux-ci ne posera pas de problème au niveau du droit suisse.

4. Modification unilatérale du contrat

411. La plupart des contrats d'utilisation d'un univers virtuel contiennent une clause qui permet à l'opérateur de modifier le contenu de ce contrat de manière unilatérale[642]. Il est prévu dans ces clauses que le nouveau contrat

---

639 La page définissant le traitement des données personnelles de Facebook prévoit en effet que le nom, les photos de profil et de « couverture » (« *cover photo* »), le réseau, le genre et le nom d'utilisateur sont des informations publiques.

640 La clause relative à l'utilisation des données personnelles des utilisateurs stipule que : « *[w]e use the information we receive about you in connection with the services and features we provide to you and other users like your friends, our partners, the advertisers that purchase ads on the site, and the developers that build the games, applications, and websites you use* ». Des exemples relativement clairs sont listés à la suite de ce paragraphe.

641 Il est à noter que des affaires ont été intentées contre Facebook pour violation du traitement des données personnelles des utilisateurs ; voir notamment la *class action* intentée par Matthew Vickery devant la U.S.D.C. for the Western District of Washington (reportée dans C.T.L.R. 2012, 18(2), N 34) pour le « *tracking* » des utilisateurs de Facebook à l'aide de cookies au-delà des frontières du site Internet (*i.e.* l'activité de ceux-ci alors même qu'ils étaient déconnectés du site) ; voir également l'affaire (transigée à l'amiable) opposant Facebook à la FTC et dans laquelle l'autorité américaine a exigé de l'opérateur de ce réseau social qu'il obtienne un consentement positif exprès (« *affirmative express consent* ») de la part des utilisateurs lorsque l'utilisation des données personnelles qu'il s'apprête à effectuer dépasse ce qui est prévu dans les conditions générales (voir http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/08/ftc-approves-final-settlement-facebook).

642 Voir notamment les articles 14 Facebook ToS, 12.C Twitter ToS et 1 Second Life ToS.

remplace l'ancien[643]. Les conditions générales de Facebook[644] et Twitter[645] prévoient en outre que lorsqu'une modification substantielle – déterminée par l'opérateur – du contrat intervient, une notification est envoyée aux utilisateurs. Facebook donne par ailleurs l'occasion aux utilisateurs de faire des commentaires sur les modifications envisagées dans le cadre de son programme « *Facebook Site Governance* »[646].

412. En principe, une modification unilatérale du contrat n'est pas admise en droit suisse[647]. Il existe cependant certains cas où cela est toléré, notamment en matière de contrat de bail, pour autant que certaines conditions soient remplies. Le Tribunal fédéral a également rendu une décision topique dans le contexte des conditions générales d'une assurance[648].

413. Les articles 269*d* CO et 19 OBLF disposent que les bailleurs peuvent majorer le loyer et apporter d'autres modifications unilatérales au contrat de bail pour le prochain terme de résiliation. Cette décision doit faire l'objet d'une notification au locataire, indiquant les motifs de celle-ci et les moyens de droit à disposition du locataire pour recourir contre celle-ci[649].

414. Statuant sur un recours qui soulevait une question juridique de principe[650], le Tribunal fédéral a décidé qu'une « clause des conditions générales excluant le droit de résiliation du preneur d'assurance, dans l'hypothèse où l'entreprise d'assurance adapte le contrat par suite d'une décision de l'autorité, est

643 Cependant, lorsqu'un litige survient entre les parties, il convient de prendre en compte le contenu du contrat au moment des faits.

644 Art. 14.1 Facebook ToS.

645 Art. 12.C par. 2 Twitter ToS.

646 Voir à ce propos la page concernant la gouvernance de Facebook (https://www.facebook.com/fbsitegovernance).

647 Art. 1 al. 1 CO.

648 ATF 135 III 1.

649 Art. 19 OBLF ; voir également l'ATF 137 III 362.

650 Art. 74 al. 2 *lit*. a LTF.

insolite »[651]. Le caractère insolite de cette clause ressort ainsi de l'interdiction de résiliation du contrat nonobstant l'adaptation unilatérale.

415. Les contrats d'utilisation d'un univers virtuel peuvent être résiliés en tout temps par les utilisateurs[652]. Par conséquent, ils peuvent se délier du contrat dès lors qu'une modification de celui-ci ne leur convient pas. Le principe selon lequel une modification unilatérale n'est pas admise doit ainsi être relativisé en l'espèce, d'autant plus que cette prérogative est explicitement prévue dans le contrat[653].

416. Cependant, dans la mesure où le nouveau contrat lie les utilisateurs, celui-ci doit leur être notifié avant d'entrer en vigueur. Cette notification doit clairement indiquer que le contrat est modifié et à quelle date il sera réputé conclu, permettant à l'utilisateur de se départir du contrat avant cette date[654]. A défaut, la clause de modification unilatérale risque, selon la portée de la modification[655], de contrevenir à l'art. 8 LCD. En effet, le déséquilibre entre les droits et obligations des parties doit s'apprécier au regard du contrat dans sa globalité[656].

417. Concernant en particulier la modification du contrat qui a une influence sur le traitement des données personnelles des utilisateurs, il sied de relever qu'un nouveau consentement des utilisateurs est requis[657]. Il peut être obtenu par la notification du contrat modifié aux utilisateurs et de son acceptation[658].

---

651 ATF 135 III 1.

652 *Infra*, N 419.

653 *Supra*, N 411.

654 À ce titre, certains univers virtuels demandent aux utilisateurs de cocher une case confirmant qu'ils acceptent le nouveau contrat ; voir SITES/PEELE/FAIRFIELD, p. 27.

655 Par exemple si le contrat est modifié de sorte à prévoir que la licence sur les contenus publiés par les utilisateurs ne prend pas fin avec le contrat ou avec la suppression dudit contenu.

656 *Supra*, N 350.

657 MEIER P., N 867 ss.

658 *Supra*, N 416.

Chapitre 6: Fin du contrat

418. Le contrat d'utilisation d'un univers virtuel est un contrat *sui generis* de durée se rapprochant du contrat de licence et du contrat ASP[659]. Ainsi, de manière générale, il peut être résilié avec effet *ex nunc* en tout temps pour de justes motifs[660]. La violation significative (*i.e.* grave)[661] du contrat constitue un juste motif[662].

419. Par ailleurs, les contrats d'utilisation d'un univers virtuel contiennent généralement une clause permettant aux utilisateurs de se départir du contrat en tout temps, sans juste motif[663].

420. Lorsqu'une telle clause n'est pas prévue, on peut se demander si un droit de résiliation en tout temps et sans juste motif devrait être accordé aux utilisateurs au regard de l'art. 404 al. 1 CO. La jurisprudence constante du Tribunal fédéral reconnaît un caractère impératif à cette disposition[664]. La doctrine majoritaire soutient que l'art. 404 CO ne devrait pas être considéré comme impératif dans le cadre des contrats de mandat et, de manière générale, pour les contrats de durée sauf si une relation personnelle ou de confiance

---

659 *Supra*, N 237.

660 ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284 ; ATF 92 II 299, JdT 1967 I 247 ; JACCARD (2005), p. 167 ; MÜLLER, N 2989 ; TERCIER/FAVRE, N 8003.

661 Certains contrats d'utilisation d'un univers virtuel prévoient ce qui doit être considéré comme une violation significative ; voir notamment l'art. 15 *in limine* Facebook ToS pour une conception très large : « *[i]f you violate the letter or spirit of this Statement, or otherwise create risk or possible legal exposure for us, we can stop providing all or part of Facebook to you* ». En l'espèce, cette clause octroie la flexibilité à Facebook de choisir entre l'arrêt de la fourniture de tout ou partie de sa plateforme de manière temporaire ou définitive.

662 JACCARD (2005), p. 176.

663 Voir par exemple : art. 15 Facebook Tos ; art. 10 Twitter ToS ; art. 11.1 Second Life ToS.

664 Voir l'analyse détaillée de cette disposition par LIATOWITSCH/MONDINI, p. 295, et l'abondante jurisprudence citée.

particulière existe entre les parties[665], ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En outre, l'art. 404 CO ne s'applique pas aux contrats de licence[666].

421. Par ailleurs, en tant que les contrats d'utilisation d'un univers virtuel sont conclus pour une durée indéterminée, la question se pose de savoir ce qu'il advient en cas de décès de l'utilisateur. Dans le cadre du contrat de licence, le décès d'une partie ne met pas automatiquement fin au contrat[667] sous réserve des cas où le contrat a été conclu *intuitu personae*[668].

422. Enfin, la question de ce qu'il advient des données – personnelles ou relatives aux contenus générés par les utilisateurs – après la résiliation du contrat, pour cause de mort ou toute autre raison, dépasse le cadre de cette étude. Il sera simplement mentionné que la conséquence principale de la fin du contrat à l'égard des opérateurs réside dans la déchéance du droit d'utiliser les données personnelles[669] de l'utilisateur en question et tout contenu que celui-ci aura téléchargé ou généré dans l'univers virtuel[670]. En effet, le consentement[671] et,

---

665 LIATOWITSCH/MONDINI, p. 300 ; TERCIER/FAVRE, N 5294 ; CR CO I-WERRO, art. 404 N 7.

666 ATF 133 III 360, SJ 2007 I 482 ; voir notamment *a contrario* : MÜLLER, N 2987 ss ; TERCIER/FAVRE, N 8000 ss.

667 HILTY (2001), p. 943 ; TERCIER/FAVRE, N 8002.

668 TERCIER/FAVRE, N 8002. Bien que le contrat d'utilisation d'un univers virtuel soit un contrat de masse, celui-ci est conclu en considération de chaque utilisateur (lorsque les utilisateurs ont l'obligation de fournir des données personnelles correctes et octroient à l'opérateur l'autorisation d'utiliser ces données). En ce sens, chaque utilisateur doit exécuter personnellement son obligation (art. 68 CO) et il n'est ainsi pas exclut que ces contrats soient considérés *intuitu personae*. Sur cette notion, voir notamment TF du 21 mars 2003, 4C.389/2002, SJ 2003 I 529 et ENGEL, p. 325 – avec chacun des utilisateurs.

669 La question de savoir ce qu'il advient de ces données – en particulier si les héritiers ont le droit d'obtenir celles-ci de l'opérateur – en cas de décès d'un utilisateur a été soulevée, dans des affaires américaines ; voir notamment *Ajemian v. Yahoo*, No. 12–P–178 (MA Ct. App. 2013) et *In re Request for Order Requiring Facebook, Inc. to Produce Documents and Things*, C 12-80171 LHK (PSG) (U.S.D.C. N.D. Cal. 2012). En application du Stored Communications Act (18 U.S. Code § 2701-12), les opérateurs d'un univers virtuel ne sont pas obligés, sauf exceptions, de fournir un accès à ou une copie des données personnelles d'une personne décédée ; à ce propos, voir MCCALLIG, p. 14 ss. De manière générale, sur les données (comptes e-mail, sites Internet, etc.) des défunts, voir HOEREN.

670 A titre d'exemple qui illustre l'importance de prendre en compte l'aspect technique dans la rédaction d'un contrat, voir toutefois l'art. 2.2 Facebook ToS qui stipule que ces contenus resteront stockés pour une certaine période en tant que copies de sauvegarde sans être accessibles à des tiers : « *[h]owever, you understand that removed content may persist in backup copies for a reasonable period of time (but will not be available to others)* ».

respectivement, la licence octroyée par l'utilisateur s'éteignent avec la fin du contrat.

671 Voir cependant les « pages mémorielles » prévues notamment par Facebook pour lesquelles les utilisateurs de Facebook peuvent consentir à ce que leur compte-utilisateur reste actif, sous une forme modifiée, après leur mort ; pour plus d'informations à ce sujet, voir MCCALLIG, p. 22 s.

Chapitre 7: Synthèse de la deuxième partie

423. Le contrat d'utilisation d'un univers virtuel est un contrat *sui generis* se rapprochant du contrat de licence et du contrat ASP[672] qui a pour objet le droit d'accès à l'univers virtuel octroyé par l'opérateur à l'utilisateur[673]. Il est conclu sur Internet pour une durée indéterminée[674], peut être résilié en tout temps[675] et est composé de plusieurs documents qui forment une unité contractuelle[676]. Ainsi, les droits et obligations des parties[677] sont exprimés dans un texte de base, dont certaines clauses font l'objet de précisions dans des documents annexes. L'obligation principale de l'opérateur consiste en l'octroi de la licence d'accès à la plateforme et à son utilisation[678] et celle de l'utilisateur au paiement ou en une contre-prestation qui consiste généralement en l'autorisation donnée à l'opérateur de traiter ses données personnelles notamment dans un but commercial[679].

424. Cette partie a porté une attention particulière à l'analyse des conditions générales, en particulier leur intégration au contrat et leur validité (en général et sous l'angle de certaines clauses particulières aux contrats d'utilisation d'un univers virtuel).

---

672 *Supra*, N 237 ss.

673 *Supra*, N 143.

674 *Supra*, N 237.

675 Pour de justes motifs en ce qui concerne les opérateurs et même en l'absence de justes motifs pour les utilisateurs (en vertu d'une disposition y relative dans les contrats d'utilisation d'un univers virtuel et en vertu du droit positif suisse) ; voir *supra*, N 418 ss.

676 *Supra*, N 222.

677 Les obligations des parties au contrat font l'objet d'une discussion *supra*, N 145 ss.

678 *Supra*, N 147 ss.

679 *Supra*, N 169 ss ; voir également *supra*, N 395 ss, pour une étude des clauses portant sur le traitement des données personnelles des utilisateurs et les conditions de leur utilisation.

425. Au terme d'un examen des principes juridiques[680] et des pratiques[681] des opérateurs d'univers virtuels, il ressort que l'intégration des conditions générales ne pose pas de problème spécifique.

426. L'analyse de la validité – à l'aune de l'art. 8 LCD et d'une comparaison avec les droits américain et de l'Union européenne – conduit au constat que le droit suisse n'est pas satisfaisant à plusieurs égards[682] : premièrement, la protection contre les clauses déloyales n'est prévue que pour les consommateurs, à l'exclusion des personnes physiques ou morales qui agissent dans le cadre d'une activité commerciale, alors même que leur position (*bargaining power*) face à l'opérateur est comparable à celle d'un consommateur ; deuxièmement, la qualité pour agir dans le cadre de la LCD dépend de l'intérêt économique du demandeur ce qui aurait pour conséquence d'affecter l'utilité pratique de l'art. 8 LCD dans le contexte des univers virtuels si les intérêts de réseautage/communication ou de contrôle des données personnelles n'étaient pas retenus par les tribunaux[683] ; enfin, l'inclusion d'une liste de clauses réputées déloyales, à l'instar de ce qui est prévu en droit de l'Union européenne, est souhaitable en droit suisse.

427. Quatre clauses particulières ont été analysées à la lumière de dispositions impératives pertinentes du droit suisse et, lorsque cela ce justifiait, de l'art. 8 LCD : les licences octroyées par les utilisateurs aux opérateurs sur les droits de propriété intellectuelle relatifs aux contenus générés et/ou téléchargés dans l'univers virtuel[684] ; la modification unilatérale du contrat par l'opérateur[685] ; les clauses interdisant le transfert du compte-utilisateur[686] ; et le

---

680 *Supra*, N 250 ss.

681 *Supra*, N 263 ss.

682 *Supra*, N 366 ss.

683 Il est proposé que ces intérêts soient pris en compte dans l'analyse de l'« intérêt économique » de l'art. 10 al. 1 LCD ; voir *supra*, N 363.

684 *Supra*, N 372 ss.

685 *Supra*, N 411 ss.

686 *Supra*, N 392 ss.

traitement des données personnelles des utilisateurs par les opérateurs[687]. Aucune de ces clauses ne pose de problème en tant que telles[688], mis à part l'art. 10 al. 4 Twitter ToS qui ne limite pas la durée de la licence – même après la fin du contrat – sur les droits de propriété intellectuelle des contenus téléchargés par les utilisateurs[689]. Cependant, l'analyse détaillée de celles-ci au regard du droit suisse et des limites qu'il pose offre un guide au rédacteur de contrat[690]. Il convient également d'ajouter que les clauses d'élection de for et de droit en faveur des Etats-Unis ne pourront pas être opposées aux consommateurs résidant en Suisse[691].

687 *Supra*, N 395 ss.

688 Ceci a notamment été relevé par KELLER (2012), p. 188 ss.

689 *Supra*, N 384.

690 Voir en particulier : N 386 et 391 s. (licence sur le contenu généré par les utilisateurs), N 415 ss (modification unilatérale du contrat) et N 407 ss (traitement des données personnelles des utilisateurs).

691 *Supra*, N 93 ss.

Troisième partie

—

Droit des marques

428. Dans le contexte de cette étude, le droit des marques est intéressant à deux titres : eu égard à son application dans le cadre des mondes virtuels (Chapitre 1[692]) et aux aspects particuliers relatifs aux réseaux sociaux (Chapitre 2[693]).

429. Premièrement, la violation d'une marque qui est utilisée en lien avec un bien virtuel (ayant essentiellement lieu dans le cadre d'un monde virtuel) pose des questions fondamentales. Quelle est la nature d'un bien virtuel, *i.e.* peut-il être considéré comme un « produit » au sens de la LPM ? Comment apprécier la condition de la similarité des produits ou des services dans ce cadre ? Une marque peut-elle être enregistrée en relation avec des biens virtuels ?

430. Deuxièmement, deux aspects particuliers des réseaux sociaux seront abordés. D'une part, la violation potentielle d'une marque par un nom d'utilisateur – qui est généralement reproduit dans l'URL post nom de domaine de la page Internet – pose la question du *cybersquatting* et de l'applicabilité des règles de résolution des litiges liés aux noms de domaine à un contexte plus large. D'autre part, l'introduction des *hashtags* [694], notamment sur Twitter,

---

692 Infra, N 432 ss.

693 *Infra*, N 577 ss.

694 *Infra*, N 582.

commande d'étudier leur situation juridique en se fondant sur une analogie avec les *meta-tags*[695] et le *keyword advertising*[696].

431. Par ailleurs, il convient de rappeler que l'analyse du droit suisse des marques se justifie car, comme cela a été discuté plus haut, il est susceptible de s'appliquer dans certaines situations, notamment lorsque la protection d'une marque suisse ou de la partie suisse d'une marque internationale est recherchée[697].

695 *Infra*, N 583.

696 *Infra*, N 585.

697 *Supra*, N 105 ss concernant le for compétent et la localisation d'une violation d'un droit de propriété intellectuelle sur Internet et N 131 ss à l'égard du droit applicable.

Chapitre 1: Droit des marques dans les mondes virtuels

432. La possibilité offerte aux utilisateurs des mondes virtuels ouverts de créer des biens virtuels (sur lesquels peuvent figurer des signes violant potentiellement le droit des marques) et de les échanger avec d'autres utilisateurs à titre onéreux ou gratuit pose nécessairement de nouvelles questions juridiques au regard du droit de la propriété intellectuelle et, pour ce qui concerne ce chapitre, en droit des marques. En outre, certains opérateurs ne s'attribuent pas les droits de propriété intellectuelle générés par les utilisateurs dans le cadre de leur monde virtuel (comme c'est généralement le cas, notamment dans les mondes virtuels fermés) mais leur en laisse la titularité[698]. Ceci a pour effet d'encourager les utilisateurs à créer des biens virtuels, augmentant ainsi le risque de violation du droit des marques.

433. On peut se poser la question de savoir si le droit suisse des marques est adapté à cette forme d'utilisation de signes distinctifs. Il est incontestable que le législateur n'avait pas prévu de telles situations lors de l'adoption de la LPM. Il s'agira ainsi d'analyser cette loi afin de vérifier son applicabilité notamment dans le cadre de l'échange de biens virtuels dans les mondes virtuels.

434. Dans un premier temps, ce chapitre traitera de la qualification des biens virtuels au regard du droit des marques (A). Cette qualification est importante en ce qu'elle influe sur la possibilité (et les modalités) de protection d'un signe « virtuel » [699] (B) et sur l'analyse de la violation d'une marque « traditionnelle »[700] dans un monde virtuel (C).

---

698 C'est le cas par exemple de Planet Calypso (monde virtuel rattaché à Entropia Universe) (art. 5 du *« Participant Content Policy »*, http://legal.entropiauniverse.com/legal/participant-content-policy.xml) et de *Second Life* (art. 7.1 Second Life ToS).

699 *Supra*, N 75 ss.

700 *Supra*, N 75 ss.

A. Qualification des biens virtuels au regard du droit des marques

435. La fonction de la marque est de distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises (art. 1 al. 1 LPM). A l'exception des marques notoires (art. 3 al. 2 *lit*. b LPM), un signe doit être enregistré en relation avec des produits ou des services pour entrer dans le champ d'application de cette loi. Il s'agit d'une condition essentielle de dépôt, du maintien du droit et de l'action en violation d'une marque.

436. Une marque est un bien immatériel qui peut être utilisé en relation avec des biens corporels (matériels) – lorsqu'elle sert à distinguer des produits – et/ou avec des services.

437. Les biens virtuels ne peuvent être aisément classés sous le libellé de produit ou sous celui de service. En effet, il existe différents types de biens virtuels[701] qui sont susceptibles d'entrer dans diverses catégories. De plus, ils sont susceptibles de posséder certains aspects des produits (*e.g.* une fonction analogue), mais ils possèdent également le caractère immatériel des services.

438. Aussi, la question fondamentale – car nécessaire formellement dans la demande d'enregistrement d'une marque [702] et qui pourrait influencer l'analyse de la similarité des produits et/ou services dans le cadre d'un conflit entre un signe virtuel et une marque traditionnelle[703] – qui se pose ici est de savoir si les biens virtuels peuvent être considéré comme des produits (1) et/ou comme des services (2) au sens de la LPM.

1. Notion de produits

439. La notion de produits, au sens de la LPM, sera d'abord présentée en général (*i*) avant d'être confrontée au contexte virtuel de ce travail, soit aux biens virtuels

701 *Supra*, N 59 ss.

702 Art. 28 al. 2 *lit*. c LPM, *infra* N 473 ss.

703 *Infra*, N 554 ss.

statiques (*ii*) et dynamiques (*iii*). Partant des constats qui auront été effectués, une définition souhaitable de cette notion sera présentée (*iv*).

i. En général

440. La définition du produit doit en premier lieu être recherchée dans la loi (*a*). Cependant, l'analyse empirique (*b*) – soit l'étude de la Classification de Nice et des listes de produits tenues par certains offices nationaux et régionaux – est également utile pour apprécier la portée pratique de cette notion.

a. Définition légale

441. Le produit, au sens de la LPM, n'est pas défini dans la loi, dans la jurisprudence ou la doctrine. Par ailleurs, le Conseil fédéral n'a pas pris la peine de le faire, ni dans le Message LPM ni dans les Messages relatifs à l'aLMF[704]. Cette lacune est probablement due au fait que cette notion paraît évidente. En effet, on ne pouvait pas imaginer – spécialement à l'époque de l'aLMF dont l'entrée en vigueur est intervenue en 1880 – qu'un produit puisse être autre chose qu'un bien matériel.

442. L'analyse littérale renforce ce point de vue car le texte allemand de l'art. 1 LPM emploie le terme « *Waren* » comme équivalent au terme « produits » figurant dans la version française. « *Waren* » peut également être traduit par « marchandises ». A teneur de cette analyse littérale, un produit au sens de la LPM doit nécessairement être un bien corporel, ce qui a pour conséquence qu'un bien virtuel ne pourrait, en principe, pas être considéré comme tel[705].

---

704 FF 31 (1879) III 697, 38 (1886) III 519, 42 (1890) I 589.

705 À teneur de l'art. 7 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (CUP) et de l'art. 15 par. 4 de l'accord sur les ADPIC, « [l]a nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera ne constituera en aucun cas un obstacle à l'enregistrement de la marque ». On pourrait alors considérer qu'un Etat membre de l'OMC violerait ses obligations s'il ne permettait pas l'enregistrement d'un signe utilisé en relation avec des biens virtuels dans une classe de produits ou de services au sens de la LPM. Cependant, il appert que la formulation peu claire de ces dispositions vise uniquement les marques utilisées en relation avec des produits dont la commercialisation serait soumise à autorisation dans les Etats membres (sur cette question, voir CORREA, p. 182 ; DE CARVALHO, p. 247 ss ; GERVAIS, p. 270) et il faut ainsi conclure que ces dispositions ne s'appliqueraient pas dans le cadre qui nous intéresse. Il est également à noter dans

443. La doctrine allemande va dans le même sens puisqu'elle considère qu'un produit (*Ware*) est un bien économique matériel (*materielles Wirtschaftsgutes*)[706].

b. Analyse empirique

444. La Classification de Nice – qui comprend une liste alphabétique des produits et des services qui sont répertoriés dans quarante-cinq classes[707] et à laquelle renvoie le droit suisse des marques[708] – ne comporte aucune dénomination laissant entendre qu'un bien virtuel pourrait être enregistré à titre de marque de commerce (soit une marque servant à désigner des produits).

445. C'est également le cas des listes de produits tenues par l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI)[709] et le *Japan Patent Office* (JPO)[710]. Cependant, contrairement à la Classification de Nice, ces listes de produits incluent la désignation *« virtual reality game software »* (classe 9) ou le service « *Design and development of computer game software and virtual reality software* » (classe 42). Ces dénominations visent en particulier les logiciels des opérateurs de MMORPGs.

446. En revanche, la liste des produits approuvés[711] pour la classe 9 de la Classification de Nice du *United States Patent and Trademark Office* (USPTO) comprend l'entrée suivante (admise le 9 avril 2009) : « les biens virtuels téléchargeables, spécifiquement les programmes d'ordinateur représentant

---

ce contexte que la formulation anglaise « *nature of the goods* » des art. 7 CUP et 15 par. 4 ADPIC n'est pas plus évidente que le texte français.

706 Voir notamment FEZER, art. 3 N 111, et les références citées.

707 Art. 1 al. 2 ii de l'Arrangement de Nice.

708 Art. 11 al. 2 OPM.

709 L'OHMI applique la Classification de Nice bien qu'elle ne soit pas partie à l'Arrangement de Nice. Néanmoins l'Office européen dispose d'une base de données (EUROACE) qui lui est propre et qui regroupe toutes les désignations de produits et de services qui ont été acceptés par l'Office (http://oami.europa.eu:80/ows/rw/pages/QPLUS/databases/euroace.fr.do).

710 Le Japon est partie à l'Arrangement de Nice. La liste tenue par le JPO comprend les dénominations reconnues par le « *Cabinet Order* », art. 6 JTA.

711 Il est important de noter que la liste tenue par l'USPTO ainsi que celles tenues par l'OHMI et le JPO ne sont pas établies de façon abstraite par les offices respectifs mais résultent des formulations utilisées par les déposants dans leurs demandes d'enregistrement de marque.

[type à spécifier, e.g. des vêtements] qui sont destinés à être utilisés dans des mondes virtuels »[712].

447. En outre, toutes les listes de produits susmentionnées prévoient que les logiciels peuvent être enregistrés en tant que marque désignant un produit[713], même s'ils ne sont pas fixés sur un support physique. Il est donc nécessaire de mettre en perspective la notion « classique » de produit en ce qu'elle a déjà été étendue pour prendre en compte un type de bien immatériel.

448. Une interprétation selon laquelle des biens virtuels – statiques (*ii*) ou dynamiques (*iii*) – peuvent être considérés comme des produits, au sens de la LPM, ne peut ainsi pas être exclue d'emblée.

ii. Biens virtuels statiques

449. La nature des biens virtuels statiques[714] n'est pas évidente à déterminer. Selon la définition légale d'une part, ils ne doivent pas être considérés comme des produits. D'autre part, d'après les conclusions tirées de l'analyse empirique, seule la liste des produits de l'USPTO comprend une référence aux biens virtuels (statiques et dynamiques)[715]. Ainsi, à teneur de la pratique actuelle, il n'est pas certain qu'un bien virtuel statique soit accepté, en Suisse, en tant que produit.

iii. Biens virtuels dynamiques

450. Le même raisonnement[716] peut être tenu concernant les biens virtuels dynamiques[717]. Cependant, si l'enregistrement en tant que biens virtuels *per se* échouait, ces derniers devraient néanmoins être considérés comme des

---

712 Traduction libre de la version anglaise : « *[d]ownloadable virtual goods, namely, computer programs featuring* [specify nature, type, e.g., articles of clothing] *for use in online virtual worlds* » (http://tess2.uspto.gov/netahtml/manual.html - goods). Cette formulation sera discutée plus en détail dans le chapitre concernant la procédure de dépôt d'un signe virtuel, *infra*, N 483 ss.

713 En classe 9 de la Classification de Nice.

714 *Supra*, N 60 ss.

715 *Supra*, N 446.

716 *Supra*, N 449.

717 *Supra*, N 63 ss.

logiciels (catégorie de produits prévue par la Classification de Nice (classe 9) et également présente dans les listes de produits de l'OHMI, de l'USPTO et du JPO).

iv. Définition souhaitable

451. Il ressort de ce qui précède, que la définition légale du produit n'est plus en adéquation avec la pratique, au moins depuis que les logiciels qui ne sont pas fixés sur un support physique peuvent être enregistrés en tant que tels. La caractéristique matérielle qui ressort de l'analyse littérale de l'art. 1 al. 1 LPM – en français, mais spécialement en allemand – ne devrait pas avoir pour conséquence d'empêcher que la notion de produit soit interprétée largement. Ainsi, la notion de produit, au sens de la LPM, doit englober non seulement les biens matériels, mais également les biens virtuels statiques et dynamiques.

452. Outre en raison de la pratique actuelle, cette définition du produit élargie aux biens virtuels se justifie également en raison de la fonction de la marque. Selon l'art. 1 al. 1 LPM, la marque a une fonction distinctive, *i.e.* elle sert à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Elle a également une fonction « d'indication de provenance » qui permet aux consommateurs d'identifier la source d'un produit ou d'un service[718] (soit l'entreprise qui l'offre ou, en cas de licence, sous le contrôle de laquelle il est offert)[719]. Partant, il est légitime que cette fonction soit remplie également dans un univers dématérialisé : l'utilisateur d'un monde virtuel doit être en mesure d'identifier la provenance des chaussures virtuelles qu'il s'y procure au même titre que s'il se rend dans un magasin réel.

453. Il faut ainsi retenir que la notion de produit, au sens de la LPM, doit être étendue et englober tant les biens matériels que les biens intangibles, incluant ainsi les biens virtuels.

---

718 ATF 123 III 469.

719 CHERPILLOD (2007), p. 60.

454. Cette interprétation est nécessaire pour que la protection des signes distinctifs en Suisse s'inscrive dans un contexte dématérialisé, tel celui des mondes virtuels. Cette conclusion influence certains aspects du droit des marques, notamment l'analyse de la violation d'une marque[720] et la procédure de dépôt d'une marque en Suisse[721].

2. Notion de services

455. La notion de services, au sens de la LPM, sera d'abord présentée en général (*i*) avant d'être confrontée au cas particulier de l'offre de services dans un monde virtuel (*ii*).

i. En général

456. Au sens de la LPM, est compris comme service une prestation offerte en règle générale à titre onéreux, qui a une portée indépendante et qui ne consiste ni en la production ni en la distribution ou la vente de marchandises[722] (choses matérielles, *Sachgütern*). La portée indépendante (*selbständige Bedeutung*) du service implique qu'il ne soit pas l'auxiliaire d'un autre produit ou service, auquel cas le signe n'obtiendrait pas de protection en droit suisse[723]. On citera comme exemple les prestations de service juridique, de télécommunication ou de publicité[724].

---

720 *I.e.* dans le cadre de l'analyse de la similarité des produits et des services, *infra*, N 555 ss.

721 Plus précisément, la question de savoir dans quelle(s) classe(s) devraient être enregistrés les signes utilisés en relation avec des biens virtuels, *infra*, N 473 ss.

722 LANDOLT, p. 23 ; en droit allemand, voir BUSSE/STARCK, § 1 N 27, et la décision BPatG, *Beschluss* vom 16.06.2008 - 27 W (pat) 67/08 qui se fonde sur la définition de la notion de service issue de l'art. 50 du Traité instituant la communauté européenne (C-325/35 ; pour un commentaire de cette disposition voir notamment TRUCHOT, N 2 ss).

723 CHERPILLOD (2007), p. 69 ; DAVID, art. 3 N 37.

724 Respectivement enregistrés dans les classes 45, 38 et 35 de la Classification de Nice. Il est intéressant de relever à ce titre qu'un certain nombre d'avocats et d'études d'avocats offre leurs services dans *Second Life*. À ce propos, voir la liste non exhaustive compilée par DURANSKE, p. 267 ss.

ii. Offre de service dans un monde virtuel

457. Il ressort de la définition générale[725] que la prestation de service ne doit pas être effectuée selon un mode spécifique ou par un moyen de communication en particulier. Le fait qu'une société offre ses services exclusivement ou partiellement dans un monde virtuel n'exclut ainsi pas ceux-ci de la définition du service à l'aune de la LPM. La LPM s'appliquera indépendamment de l'environnement (virtuel ou non) dans lequel le service est proposé.

458. On peut se demander si cette affirmation devrait être nuancée dans les cas où des services, pour être prodigués, nécessiteraient l'utilisation ou la transformation de biens matériels. C'est le cas par exemple des services de restauration, qui sont enregistrés en classe 43[726]. On remarque alors que tous les services ne sont pas dépourvus d'un aspect matériel. Toutefois, cette distinction est purement théorique. En effet, pour ces services qui ont un lien étroit avec un bien matériel, l'impossibilité de les prodiguer dans un monde virtuel rend cette hypothèse « matériellement » impossible.

459. Il faut ainsi considérer que tous services offerts dans un monde virtuel sont des services au sens de la LPM.

B. Enregistrement et protection d'un signe « virtuel »

460. La LPM dispose que le droit à la marque prend naissance par l'enregistrement (art. 5 LPM) et que ce droit appartient à celui qui la dépose en premier (art. 6 LPM). Il résulte de ceci que la protection d'un signe virtuel à titre de marque nécessite qu'il soit enregistré au préalable.

461. Pour que cette protection soit efficace, il faut également que ce signe soit doté d'une force distinctive[727] – les questions relatives aux motifs absolus

---

725 *Supra*, N 456.

726 Ce peut être également le cas d'autres types de services, notamment ceux inscrits en classes 37 (construction), 39 (transport) et 40 (traitement de matériaux).

727 Art. 2 *lit*. a LPM.

d'exclusion de la protection d'un signe par la LPM se posant de la même façon indépendamment du contexte dans lequel on se trouve (monde virtuel ou monde réel)[728] – et que la marque soit valablement utilisée.

462. Ce chapitre examinera les conditions, tant formelles que matérielles, devant être remplies afin de protéger un signe utilisé pour distinguer des produits ou des services offerts dans un monde virtuel. Ainsi, dans un premier temps seront étudiés le but et la fonction de la marque (1). Ceci permettra de cerner les enjeux de la protection d'un signe virtuel par le droit des marques. Ensuite, il sera pertinent d'analyser les conditions formelles d'enregistrement des marques (2) – dans la mesure où, pour être protégées par la LPM, celles-ci doivent être préalablement enregistrées (sous réserve de la protection des marques notoirement connues qui sont protégées sans enregistrement[729]) – et l'obligation d'usage pour le maintien du droit à la marque (3).

463. Dans le prolongement des questions portant sur l'enregistrement et le maintien du droit à la marque, seront ensuite commentées les conditions de protection des marques virtuelles contre leur violation dans un monde virtuel (4) et dans le monde réel (5).

1. But et fonction de la marque

464. La LPM définit la marque en tant que « signe propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises »[730]. Le terme « entreprise » doit être compris au sens large[731]. Celui-ci englobe « [t]oute personne, physique ou morale, qui exerce une activité économique selon les principes de la libre concurrence »[732]. Les utilisateurs d'un monde virtuel sont

---

728 L'ambition de ce travail n'étant pas d'effectuer une analyse exhaustive de la LPM, le lecteur trouvera de plus amples informations au sujet des motifs absolus d'exclusions de la protection du droit des marques dans CHERPILLOD (2007), p. 71 ss ; DAVID, art. 2 N 1 ss ; MARBACH (2009), p. 55 ss et SHK MSchG-ASCHMANN, art. 2 N 1 ss.

729 Art. 3 al. 2 *lit.* b LPM.

730 Art. 1 al. 1 LPM.

731 Message LPM, p. 18 s.

732 Message LPM, p. 19.

ainsi (potentiellement) appréhendés par l'art. 1 al. 1 LPM s'ils exercent une activité économique.

465. Le Message LPM ne précise pas si cette activité économique doit avoir lieu sur les marchés concernés par la liste des produits ou services pour lesquels la marque est enregistrée. Ainsi, un utilisateur qui a une activité économique en dehors d'un monde virtuel devra être considéré comme une « entreprise » selon l'art. 1 al. 1 LPM. Tel sera également le cas de l'utilisateur qui offre un bien virtuel ou un service à titre onéreux dans un monde virtuel, c'est-à-dire lorsqu'un revenu ayant une valeur réelle est généré[733]. Dans ces deux cas, ils exercent effectivement une activité économique.

466. En pratique, les utilisateurs auront un intérêt à faire enregistrer une marque virtuelle lorsqu'ils utilisent un signe dans un monde virtuel en relation avec des biens virtuels, notamment pour se protéger contre l'usurpation de leur signe au sein du monde virtuel.

467. Par ailleurs, on peut constater que la valeur des biens virtuels augmente[734] et que celle-ci transcende les frontières des mondes virtuels. Il n'est donc pas exclu d'imaginer que les marques virtuelles (utilisées jusqu'à présent exclusivement en relation avec des biens virtuels) débordent de ce cadre et soient utilisées, dans un futur proche, en relation avec des produits réels.

2. Procédure de dépôt d'un signe « virtuel » à titre de marque

468. La procédure de dépôt de marques est régie par les articles 28 à 30 de la LPM et les articles 8 à 19 de l'OPM[735].

469. L'art. 29 LPM fixe la date du dépôt de la marque, qui correspond au moment auquel les pièces visées à l'art. 28 al. 2 LPM sont remises à l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle. L'art. 30 LPM, quant à lui, fixe les conditions de

---

733 Cela peut être le cas *e.g.* dans Second Life, There.com, Entropia Universe ou World of Warcraft.

734 Voir l'article de N. Wingfield, Can Free Games Make More Money, Wall Street Journal du 30 juillet 2010 (http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704532204575397352625100756.html, 10 août 2010).

735 Ordonnance du 23 décembre 1992 sur la protection des marques RS 232.111.

recevabilité des demandes d'enregistrement. Ces dispositions purement formelles ne seront pas traitées ici[736].

470. L'art. 28 LPM, qui fait l'objet du présent chapitre, traite, en son premier alinéa, de la qualité pour déposer une marque (*i*). L'art. 28 al. 2 LPM indique les pièces qui doivent être remises à l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle pour que le dépôt soit réputé effectué (art. 29 LPM), notamment la liste des produits ou des services auxquels la marque est destinée (*lit.* c). À ce titre, la question de savoir dans quelle(s) classe(s) les signes utilisés en relation avec des biens ou des services virtuels devraient être enregistrés sera examinée avec une attention particulière (*ii*). Enfin, une synthèse rappellera les pratiques souhaitables (*best practices*) que l'IPI devrait adopter lors de l'enregistrement d'une marque virtuelle (*iii*).

i. Qualité pour déposer une marque

471. En application de l'ancien droit des marques (art. 7 aLMF[737]), seules les entreprises avaient la faculté de déposer des marques. Désormais, à teneur de l'art. 28 al. 1 LPM, « [c]hacun peut faire enregistrer une marque ». Le Message LPM précise dans ce cadre que « toute personne, qu'elle exploite ou non une entreprise, qu'elle soit domiciliée en Suisse ou à l'étranger, peut par principe déposer une marque »[738].

472. On peut ainsi conclure que tout utilisateur de monde virtuel – qu'il soit domicilié en Suisse ou à l'étranger[739] et qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale – aura la qualité pour déposer une marque en Suisse.

---

736 Pour des informations sur ces articles, le lecteur pourra se référer notamment à WILLI, art. 28-30 N 1 ss et à SHK MSchG-DORIGO, art. 28 N 1 ss.

737 Ancienne loi fédérale du 26 septembre 1890 concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles (FF 42 (1890) IV 456) remplacée par la LPM le 1er avril 1993.

738 Message LPM, p. 30 ; voir également CHERPILLOD (2014 I), N 51 ss ; DE WERRA (2009), p. 507 ; SHK MSchG-DORIGO, art. 28 N 6 ss ; CRPI/LPM-POUPINET, art. 28 N 3.

739 Lorsque le déposant est domicilié à l'étranger, la marque devra cependant être déposée par l'intermédiaire d'un agent de marque établi en suisse (art. 42 LPM).

ii. Liste des produits ou services auxquels la marque est destinée

473. Mises à part l'indication du nom du déposant ou de son représentant (*lit.* a) et la reproduction de la marque (*lit.* b), qui ne soulèvent pas de questions particulières dans le cadre de cette étude, l'art. 28 al. 2 LPM prévoit que – en vertu du principe de spécialité[740] – la demande d'enregistrement doit contenir la liste des produits et/ou des services auxquels la marque est destinée (*lit.* c). En outre, l'OPM indique que les produits et les services doivent être répartis dans des groupes qui correspondent aux classes internationales selon la Classification internationale de Nice[741], faute de quoi la demande d'enregistrement sera déclarée irrecevable par l'IPI[742]. À ce titre, il est nécessaire de relever que divers outils d'aide à la classification sont disponibles[743] et, si la description exacte du produit n'existe pas, le demandeur peut en proposer une par analogie (en mentionnant la classe de la description analogue)[744].

474. La désignation claire de la nature virtuelle des produits ou services pour lesquels la marque est utilisée revêt une certaine importance. À défaut, cela pourrait conduire l'autorité compétente de certaines juridictions à refuser (ou invalider) la protection du droit des marques en raison d'un potentiel caractère trompeur de la marque[745]. Ce pourrait notamment être le cas si le signe est déposé en tant que marque communautaire.

475. En ce sens, une décision du Tribunal de commerce de Bruxelles du 12 janvier 2011[746] a invalidé une marque parce qu'elle était de nature à tromper le public.

---

740 MARBACH (2009), p. 131 et 240 s. ; DAVID, Vor zum 1. Titel N 11.

741 Art. 11 al. 2 OPM.

742 Art. 30 al. 1 LPM.

743 Notamment sur le site de l'IPI (www.ige.ch).

744 Voir les critères de l'IPI dans les Directives en matière de marques, p. 29 s.

745 La pratique de l'IPI à cet égard est d'informer le déposant et de lui demander de préciser les produits ou services concernés par sa demande (Directives en matière de marques, p. 29) ; voir également CHERPILLOD (2007), p. 93.

746 A.R. 2009/6122.

Dans cette affaire, la Cour a considéré que la marque DUFF BEER[747] était trompeuse dans la mesure où elle n'était pas utilisée en relation avec de la bière, mais seulement avec des verres à bière ou de la bière sans alcool. L'art. 7 al. 1 *lit*. g Règlement 207/2009 prévoit en effet que « [s]ont refusé[e]s à l'enregistrement […] les marques qui sont de nature à tromper le public, par exemple sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service ».

476. En Suisse, les conséquences ne seraient probablement pas les mêmes, étant donné que seul le rapport trompeur entre la marque et les produits ou services pour lesquels elle est utilisée est pertinent[748].

477. Dans le cadre de ce chapitre, il sera fait référence aux réflexions portant sur la nature des biens virtuels au regard du droit suisse des marques[749] pour savoir si les signes servant à distinguer ces derniers peuvent être protégés au même titre que les signes distinguant des produits ou des services « traditionnels ». Il s'agira ainsi de se demander si un signe virtuel peut être enregistré dans une classe de produits (*a*) et/ou de services (*b*) et, cas échéant, de préciser les classes pertinentes.

a. Produits

478. On dit d'une marque qu'elle est de fabrique ou de commerce (*Fabrik- und Handelsmarke*) lorsqu'elle est utilisée en relation avec des produits[750].

479. Une interprétation extensive de cette norme – justifiée par les fonctions distinctive et d'indication de provenance de la marque qui devraient s'appliquer indépendamment du contexte virtuel ou réel de son utilisation – a

---

747 DUFF BEER est la célèbre marque de bière consommée par Homer Simpson dans la série « *The Simpsons* ». Elle a été enregistrée par Twentieth Century Fox Film Corporation en tant que marque communautaire (n° 001341130).

748 Art. 2 *lit*. c LPM ; CHERPILLOD (2007), p. 94 s.

749 *Supra*, N 435 ss.

750 CHERPILLOD (2007), p. 68 ; DAVID, Art. 1 N 23 et 25.

été proposée[751]. Partant, il faut déterminer la façon d'intégrer ce nouveau type de produits dans le système de la Classification de Nice.

480. À ce titre, le principe de classification qui s'appliquera aux biens virtuels sera posé en premier lieu (*1*). Il sera suivi par l'examen de deux cas particuliers (*2*) qui méritent d'être traités séparément, soit le cas des logiciels virtuels et celui des biens virtuels qui ont un lien étroit avec un bien matériel.

1. Principe

481. L'hypothèse principale de ce chapitre concerne la classification des biens virtuels (incluant les biens virtuels statiques et dynamiques) en tant que produits, à l'exclusion des logiciels virtuels. Deux méthodes, issues de réflexions théoriques et empiriques, semblent appropriées pour régler la question de la classification de ce type de biens virtuels.

482. La première méthode consiste en la classification des signes désignant des biens virtuels dans les classes analogues aux équivalents réels de ces biens. En suivant cette méthode, un demandeur souhaitant obtenir la protection pour une marque désignant des chaussures virtuelles mentionnerait les produits visés comme des « chaussures virtuelles » dans la classe 25 (vêtements, chaussures, etc.). Cette méthode ne considère pas que tous les biens virtuels se ressemblent parce qu'ils sont virtuels, mais se focalise plutôt sur la destination de ceux-ci au sein d'un monde virtuel. En outre, dans le prolongement de ce que prévoient les Directives en matière de marques[752] – *i.e.* que « la liste alphabétique des produits et/ou des services permettent de classer directement ou par analogie la plupart des produits et des services » –, on peut imaginer que cette première méthode obtienne les faveurs de l'IPI.

483. La deuxième méthode consiste en l'inscription, en classe 9, de tous les biens virtuels. Cette méthode confère une plus grande importance à la nature des biens virtuels qu'à leur destination au sein d'un monde virtuel. A ce titre, la

---

751 *Supra*, N 451.

752 Directives en matière de marques, p. 29.

destination – globale et non limitée aux mondes virtuels – d'un bien virtuel est d'être utilisé dans un monde virtuel. Par ailleurs, le processus de « fabrication » de tous types de biens virtuels est identique. Il se justifie ainsi de les classer ensemble.

484. Du point de vue pratique, le type de biens virtuels dont il s'agit devrait alors être décrit précisément dans l'intitulé, à l'instar de ce que semblent avoir institué (intentionnellement ou non) les États-Unis. En effet, l'USPTO a admis à l'enregistrement la demande de marque suivante (le 9 avril 2009) : « les biens virtuels téléchargeables, spécifiquement les programmes d'ordinateur représentant [type à spécifier, p. ex. des vêtements] qui sont destinés à être utilisés dans des mondes virtuels »[753].

485. Deux remarques s'imposent concernant la formulation de cette dénomination de produit.

486. Premièrement, la terminologie utilisée pourrait poser des problèmes si cette formulation servait de base pour décrire les biens virtuels. Plus précisément, les termes « téléchargeables » et « programmes d'ordinateur » sont mal choisis. Le premier terme ne semble pas nécessaire pour définir précisément les biens virtuels[754] et, plus important, il aurait pour conséquence d'exclure de cette définition tous ceux qui ne sont pas téléchargeables[755]. Ce qualificatif ne devrait ainsi pas être utilisé. La référence aux « programmes d'ordinateur » ne devrait pas non plus figurer dans cette formulation. Celle-ci renvoie à une notion trop étroite du bien virtuel et ne permet ainsi pas d'en englober tous les types. La formulation suivante, adaptée de la précédente, pourrait être utilisée pour décrire, au sein de la classe 9, les biens virtuels : « les biens virtuels [type

---

753 Traduction libre de la version anglaise : « *Downloadable virtual goods, namely, computer programs featuring* [specify nature, type, e.g., articles of clothing] *for use in online virtual worlds* », (http://tess2.uspto.gov/netahtml/manual.html - goods).

754 *Supra*, N 57 ss.

755 Il est nécessaire de rappeler à ce titre que, selon le mode de fonctionnement de la majorité des mondes virtuels, les biens virtuels des utilisateurs ne sont pas techniquement en leur « possession ». En effet, ils sont stockés sur les serveurs du monde virtuel en question. Voir *supra*, N 58.

à spécifier, p. ex. des vêtements] qui sont destinés à être utilisés dans des mondes virtuels ».

487. Deuxièmement, deux questions doivent être soulevées concernant l'étendue de la notion de « mondes virtuels ». Cette notion vise-t-elle tous les mondes virtuels ? Et, le cas échéant, devrait-elle être précisée ? Par défaut, et en interprétant littéralement cette description du produit, il paraît sage de donner une définition large aux « mondes virtuels ». Ainsi, les marques enregistrées sous cette dénomination seront protégées (et devront être utilisées) en relation avec les biens virtuels (du type spécifié) quel que soit le monde virtuel où ils sont utilisés. Comprendre cette notion comme limitée à un monde virtuel en particulier n'aurait pas de sens. Cela reviendrait, par analogie, à protéger une marque distinguant par hypothèse des chaussures qui seraient vendues uniquement dans un seul magasin. Une telle limitation aurait également pour effet d'éluder le but de la loi sur la LPM, celui-ci étant de distinguer les produits ou services d'une entreprise, sans que le « lieu » de commercialisation/offre de ce produit/service ne soit pertinent.

488. L'indication claire du type de bien virtuel dans la description du produit visé par l'enregistrement est critique dans la mesure où, si toutes les marques virtuelles étaient enregistrées en classe 9 sous la même dénomination quel que soit le type de biens virtuels visés, cela pourrait avoir pour conséquence de contrarier le principe de spécialité. En l'état actuel du marché des biens virtuels, on pourrait être tenté de qualifier cette affirmation de théorique. Cependant, elle pourrait avoir deux conséquences négatives si ce marché venait à prendre de l'importance.

489. Premièrement, si la protection d'un signe virtuel désignant des biens virtuels était prévue uniquement à titre de marque de commerce sans précision de type (classe 9), tous les types de biens virtuels risqueraient d'être considérés comme identiques ou au moins similaires. En effet, l'élément de comparaison déterminant ne porterait pas sur les types de biens virtuels concernés mais plutôt sur le simple fait qu'il s'agit de biens virtuels (les logiciels virtuels

seraient par ailleurs clairement considérés comme similaires peu importe leur fonction). De plus, bien que la Classification de Nice ne soit pas déterminante dans l'appréciation de l'identité ou de la similarité des produits ou services[756], celle-ci constitue tout de même un indice pris en compte dans la jurisprudence[757]. Un tribunal admettrait ainsi la similarité des produits si les produits en question se trouvent non seulement dans la même classe mais également sous la même dénomination[758].

490. Deuxièmement, si le principe de spécialité n'était pas respecté dans un contexte virtuel, les marques désignant des biens virtuels obtiendraient, dès leur enregistrement, une protection analogue aux marques de haute renommée au sein des mondes virtuels. À titre d'exemple, on pourrait imaginer que l'utilisateur d'un monde virtuel, qui fait du commerce de vêtements virtuels sous le signe X et qui obtient la protection de ce signe à titre de marque de service (soit l'offre de vêtements virtuels), pourra empêcher un autre utilisateur de faire usage de ce signe en relation avec tous les types de biens virtuels, par exemple avec des voitures virtuelles. Ceci conférerait *de facto* un statut de quasi marque de haute renommée – limitée aux mondes virtuels – au signe X.

491. A l'aune de ce qui précède, la deuxième méthode est préférable. Les biens virtuels doivent ainsi être inscrits en classe 9 et être décrits de manière spécifique au risque de ne pas être considérés comme étant suffisamment précis par l'IPI[759]. La formulation suivante est recommandée : « les biens

---

756 CHERPILLOD (2007), p. 121 ; MARBACH (2009), p. 132 et 246 ss.

757 TAF du 4 février 2008, B-7485/2006 ; TAF du 17 novembre 2008, B-8105/2007.

758 À titre d'exemple, la Commission fédérale de recours, dans une décision du 30 juin 2005 (MA-WI 61/03, sic! 2005 p. 752), a jugé que les services d'organisation de loterie sont similaires aux services de divertissement : « [e]n ce qui concerne les services de la classe 41 des deux marques en présence, jugés par l'instance précédente dans sa décision attaquée comme étant similaires, la majorité de la Commission de recours est d'avis qu'il convient en effet de considérer que, malgré leur spécificité, relevée par la recourante dans son mémoire du 28 novembre 2003, les services revendiqués par la marque attaquée, à savoir 'organisation de loterie' sont bien compris dans les services de divertissement ('Unterhaltung') de la marque opposante. » (p. 753).

759 *Supra*, N 474.

virtuels [type à spécifier, p. ex. des vêtements] qui sont destinés à être utilisés dans des mondes virtuels »[760].

2. Cas particuliers

492. Deux cas particuliers doivent être mentionnés dans le cadre de la question de la classification des biens virtuels dans les classes de produits : le cas des logiciels virtuels d'une part, et, d'autre part, celui des biens virtuels qui ont un lien étroit avec un bien matériel.

493. Premièrement, les signes qui distinguent des logiciels peuvent être enregistrés en tant que marque de commerce (en classe 9)[761] s'ils sont enregistrés sur un support de données numériques[762] ou s'ils peuvent être téléchargés[763]. Bien que les logiciels virtuels[764] ne soient pas enregistrés sur un support de données ni téléchargés sur l'ordinateur de l'utilisateur, ils devraient également être enregistrés en classe 9. Leur nature est en effet identique à celle des logiciels (il s'agit de biens immatériels), seul le mode de distribution diffère[765].

494. Deuxièmement, on peut imaginer que, si un signe utilisé en relation avec un bien virtuel sert à distinguer des produits « réels » (*i.e.* si la plateforme virtuelle sert d'intermédiaire dans une transaction portant sur un objet réel), la portée de la protection qui résulterait d'un enregistrement d'une marque traditionnelle (*i.e.* distinguant des produits réels) est susceptible de s'étendre à aux mondes virtuels[766]. À titre d'exemple, la société Reebok avait ouvert un espace sur Second Life qui permettait à ses visiteurs de personnaliser des chaussures virtuelles avec la possibilité d'en faire livrer une paire (réelle) à leur

---

760 *Supra*, N 486.

761 BURI, p. 162, précise encore qu'un signe qui désigne un « logiciel unique conçu pour répondre à un besoin particulier » (*individuelle Bedürfnisse angepasste Software*) doit être enregistré en tant que marque de service.

762 N° de base 090373 de la Classification de Nice (classe 9).

763 N° de base 090658 de la Classification de Nice (classe 9).

764 *Supra*, N 65.

765 A ce titre, voir l'arrêt de la CJUE du 3 juillet 2012 dans la cause C-128/11 (*UsedSoft c. Oracle*) qui considère que le téléchargement par un utilisateur disposant d'une licence sur un serveur central équivaut au téléchargement par un utilisateur sur son propre ordinateur.

766 *Supra*, N 535 ss.

domicile. Dans cet exemple, la protection conférée à la marque verbale « Reebok » (P-333680, enregistrée en classe 25 notamment sous la dénomination « chaussures pour hommes, femmes et enfant ») serait étendue à l'utilisation de ce signe dans un monde virtuel. Cet état de fait correspondrait à celui de la vente par correspondance sur Internet. C'est par ailleurs la logique qui est suivie dans le cadre de l'enregistrement des noms de domaine en tant que marques. Ils ne sont pas considérés en soi comme des produits mais peuvent toutefois être enregistrés lorsqu'ils distinguent des produits réels (qui seraient vendus ou proposés sur le site Internet en question par exemple)[767]. Pour cette raison, une analogie avec les noms de domaine ne saurait s'appliquer lorsque le signe utilisé dans un monde virtuel a pour unique vocation de désigner des biens virtuels. En effet, dans cette hypothèse, le signe serait utilisé dans un contexte strictement virtuel (sans lien avec un produit réel), situation qui diffère du principe posé au chapitre précédent[768].

b. Services

495. Comme son intitulé le suggère, la marque de service (*Dienstleistungsmarke*) est une marque utilisée en relation avec une prestation de services[769]. Deux questions se posent dans ce contexte. Premièrement, un signe utilisé en relation avec des services prodigués dans un monde virtuel peut-il être enregistré en tant que marque de service, et le cas échéant dans quelle(s) classe(s) (*1*)? Deuxièmement, pour pallier le potentiel refus d'enregistrement d'un signe virtuel dans une classe de produits, un signe utilisé en relation avec des biens virtuels peut-il être enregistré à titre de marque de service, et le cas échéant dans quelle(s) classe(s) (*2*)?

---

767 BURI, p. 161 ss ; GILLIÉRON (2003), p. 66.

768 *Supra*, N 478 ss.

769 CHERPILLOD (2007), p. 68 ; LANDOLT, p. 39 ; MARBACH (2009), p. 47.

1. En relation avec l'offre de service dans un monde virtuel

496. En principe, on considère que tous services offerts dans un monde virtuel sont des services au sens de la LPM[770]. Partant, il reste à examiner dans quelle classe ceux-ci devraient être enregistrés.

497. Les services étant par nature immatériels, la problématique rencontrée avec la classification des biens virtuels ne se pose pas. Ceux qui correspondent exactement à la description de la Classification de Nice devront évidemment revendiquer la protection dans les classes pertinentes. En effet, seul le contexte (ou média) dans lequel le service est prodigué change.

498. Les services plus originaux (dont la description n'existe pas encore dans la liste alphabétique de la Classification de Nice) devront être enregistrés selon les principes posés par l'IPI, soit la classification par analogie à un service existant[771].

2. En relation avec le commerce de biens virtuels

499. Comme il a été discuté plus haut[772], la notion de produit, au sens de la LPM, n'est pas claire, sous réserve de ceux qui pourraient également être considérés comme des logiciels[773]. Ceci entraîne donc une insécurité quant à la possibilité d'enregistrer, en tant que marque de commerce, un signe utilisé pour distinguer des biens virtuels.

500. Un utilisateur de monde virtuel qui fait le commerce de tels biens pourrait alors tenter d'obtenir une protection à titre de marque de service afin de protéger (indirectement) sa marque utilisée en relation avec des biens virtuels. Dès lors, il faut vérifier si le commerce de biens virtuels pourrait constituer un service au sens de la LPM.

---

770 *Supra*, N 459.

771 Directives en matière de marques, p. 30 : « les services sont en principe classés en fonction des branches d'activité définies par l'intitulé des classes de services et leurs notes explicatives ou, sinon, par analogie avec d'autres services similaires figurant dans la liste alphabétique ».

772 *Supra*, N 440 ss.

773 *Supra*, N 450 ss.

501. Une grande partie des mondes virtuels est utilisée, au moins partiellement, dans un but de divertissement. Aussi, les biens virtuels, tels que des vêtements ou autres accessoires, sont très souvent acquis pour atteindre ce but. On pourrait alors imaginer que les signes utilisés en relation avec l'offre de certains biens virtuels soient enregistrés en classe 41 (services de divertissement)[774].

502. En présence d'un logiciel virtuel[775], le signe utilisé en relation avec la conception ou l'offre de celui-ci devrait pouvoir être enregistré comme marque de service. Selon LANDOLT, un logiciel est le résultat d'un service et le signe utilisé en relation avec celui-ci peut être enregistré en tant que marque de service, plus précisément en classe 42 (conception et développement d'ordinateurs et de logiciels)[776].

503. En conclusion, il semble opportun d'admettre la protection d'un signe qui désignerait l'offre de biens virtuels en tant que marque de service dans les cas mentionnés ci-dessus, soit la conception de biens virtuels en tant que service de divertissement (classe 41) ou comme service de conception de logiciels (classe 42). À cet égard, il est intéressant de relever que les listes de produits respectives de l'OHMI et du JPO contiennent la description suivante : « *[d]esign and development of computer game software and virtual reality software* » (classe 42)[777]. Par ailleurs, le 8 octobre 2009 l'USPTO a admis à

---

774 KOTELNIKOV, p. 125 s.

775 *Supra*, N 65.

776 LANDOLT, p. 34 ; voir *e.g.* la marque suisse « Microsoft » n° P-410797 qui est enregistrée notamment en classe 42 pour la création de logiciels.

777 Ce propos peut être illustré par l'enregistrement au registre des marques américain en novembre 2008 d'une marque figurative (dont le signe est constitué d'un avatar) utilisée pour distinguer le service de création de biens virtuels pour les mondes virtuels (« *[c]omputer programming services, namely, content creation for virtual worlds and three dimensional platforms* ») (voir la marque américaine n° 3531683). La titulaire de cette marque (Alyssa LaRoche ou Aimee Weber sur *Second Life*) est par ailleurs la première personne à devenir millionnaire en dollars américains grâce aux seules ventes de biens virtuels au sein de *Second Life*. Un autre exemple peut être donné avec la marque verbale américaine SexGen n° 3483253 enregistrée par Eros, LLC en classe 42 pour l'octroi d'autorisation d'utilisation temporaire de logiciels non-téléchargeables permettant d'animer des personnages virtuels en trois dimensions (« *[p]roviding temporary use of non-downloadable software for animating three-dimensional virtual characters* »).

l'enregistrement en classe 41 un signe servant à désigner un service de création de biens virtuels[778].

504. Il reste à mentionner que la description de ce type de service doit être clairement précisée. À ce titre, les développements dans le cadre de la pratique souhaitable pour l'enregistrement des marques de commerce sont également valables ici[779].

iii. Synthèse

505. En l'état actuel du droit, le point de savoir si un signe désignant des biens virtuels peut faire l'objet d'un enregistrement à titre de marque de commerce n'est pas clair, sauf lorsque ces biens virtuels sont considérés comme des logiciels[780] ou lorsqu'ils servent d'intermédiaires au commerce de biens réels[781]. Il convient cependant d'admettre à l'enregistrement les marques désignant des biens virtuels.

506. Dans ce cadre, la pratique qui doit être recommandée à l'IPI concernant cette formalité est d'enregistrer les marques désignant des biens virtuels en classe 9, en spécifiant le type de biens virtuels dont il s'agit, selon le modèle américain : « les biens virtuels représentant [type à spécifier, p. ex. des vêtements] qui sont destinés à être utilisés dans des mondes virtuels »[782].

507. Cette pratique, même si elle n'était pas suivie par d'autres offices nationaux, permettrait néanmoins aux titulaires de marques virtuelles de base suisses de bénéficier du Système de Madrid et ainsi permettre l'extension de la protection territoriale de leur marque. En effet, selon ce Système (art. 5 al. 1 Arrangement de Madrid et Protocole de Madrid, qui renvoie à la clause « telle quelle » de l'art. 6quinquies CUP), les offices nationaux doivent admettre la

---

778 *I.e.* « *[e]ntertainment services, namely, providing on-line, non-downloadable virtual* indicate goods *for use in virtual environments created for entertainment purposes* ».

779 *Supra*, N 488 ss.

780 Un tel signe sera enregistré en classe 9.

781 Auquel cas, le signe sera enregistré, par analogie, dans la classe qui correspond au produit réel équivalent.

782 *Supra*, note 753.

protection « telle quelle » d'une marque valablement déposée ou enregistrée dans l'État de base. Ils ne peuvent refuser une extension territoriale que dans trois situations[783] dont un éventuel conflit relatif à la classification des produits ou services ne fait pas partie[784]. En revanche, il est nécessaire que le titulaire désigne précisément les produits ou services pour lesquels la marque est enregistrée – et en indique ainsi clairement la nature – au risque de se voir refuser (ou invalider) la protection du droit des marques dans certaines juridictions en raison d'un potentiel caractère trompeur[785].

508. Par ailleurs, concernant l'enregistrement des marques de service, leur classification ne sera pas problématique, qu'elles soient utilisées en relation avec l'offre de service dans un monde virtuel ou en relation avec le commerce de biens virtuels.

3. Obligation d'usage

509. Les articles 11 et 12 LPM soumettent le maintien du droit à la marque à l'usage de celle-ci[786]. L'usage est défini en premier lieu par la loi. De plus, les contours de cette notion ont été précisés par la jurisprudence et la doctrine.

---

783 Art. 6quinquies *lit*. B CUP : lorsque les marques : « (1) […] sont de nature à porter atteinte à des droits acquis par des tiers dans le pays où la protection est réclamée; (2) sont dépourvues de tout caractère distinctif, ou bien composées exclusivement de signes ou d'indication pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine des produits ou l'époque de production, ou devenus usuels dans le langage courant ou les habitudes loyales et constantes du commerce du pays où la protection est réclamée; (3) sont contraires à la morale ou à l'ordre public et notamment de nature à tromper le public. Il est entendu qu'une marque ne pourra être considérée comme contraire à l'ordre public pour la seule raison qu'elle n'est pas conforme à quelque disposition de la législation sur les marques, sauf le cas où cette disposition elle-même concerne l'ordre public ».

784 L'OMPI précise d'ailleurs dans son Guide pour l'enregistrement international des marques en vertu de l'Arrangement de Madrid et du Protocole de Madrid : « [u]n Office ne devrait pas non plus soulever des objections quant au classement des produits et services dans l'enregistrement international. Même si un Office conteste le classement (qui naturellement aura été approuvé par le Bureau international), une objection fondée sur ces motifs sera sans effet, dès lors que le classement dans le registre international demeure inchangé » (http://www.wipo.int/export/sites/www/madrid/fr/guide/pdf/guide.pdf, N 17.06).

785 Voir *supra*, N 475.

786 L'art. 11 LPM prévoit :

510. Plusieurs conditions doivent être remplies pour que l'usage soit valable : le signe doit être utilisé en relation avec les produits ou services enregistrés (*i*), sous une forme similaire à la marque enregistrée (*ii*), il doit être sérieux (*iii*) et avoir lieu en Suisse (*iv*). Ces conditions seront présentées de façon générale avant d'en évaluer la concrétisation dans un contexte virtuel.

i. Usage en relation avec les produits ou services enregistrés

511. Le premier aspect de la notion d'usage est un exemple de mise en œuvre du principe de spécialité. La marque doit ainsi être utilisée en relation avec les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée (art. 11 al. 1 LPM). Dans ce cadre, la question de savoir si l'usage dans un monde virtuel est valable pour une marque enregistrée pour des produits physiques.

512. Cette exigence met en évidence l'importance de la classification des produits ou services pour lesquels la marque est enregistrée[787]. En effet, pour que le droit à la marque soit maintenu, l'utilisation doit porter précisément sur les produits ou services enregistrés, l'usage en relation avec un produit ou service similaire n'étant en principe pas suffisant[788].

513. MEIER propose néanmoins, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence allemande, d'admettre l'usage avec un produit ou service similaire lorsque des modifications (du produit ou service concerné) n'étaient pas prévisibles au

---

« [1] La protection est accordée pour autant que la marque soit utilisée en relation avec les produits ou les services enregistrés.

[2] L'usage d'une forme de la marque ne divergeant pas essentiellement de la marque enregistrée et l'usage pour l'exportation sont assimilés à l'usage de la marque.

[3] L'usage de la marque auquel le titulaire consent est assimilé à l'usage par le titulaire ».

Quant à l'art. 12 LPM, il prévoit, en ses deux premiers alinéas, que :

« [1] Si, à compter de l'échéance du délai d'opposition ou, en cas d'opposition de la fin de la procédure d'opposition, le titulaire n'a pas utilisé la marque en relation avec les produits ou les services enregistrés, pendant une période ininterrompue de cinq ans, il ne peut plus faire valoir son droit à la marque, à moins que le défaut d'usage ne soit dû à un juste motif.

[2] Si l'usage ou la reprise de l'utilisation de la marque intervient après plus de cinq ans, le droit à la marque est restitué avec effet à la date de la priorité d'origine, à condition que personne n'ait invoqué le défaut d'usage en vertu de l'al. 1 avant la date du premier usage ou de la reprise de l'utilisation ».

787 *Supra*, N 473 ss.

788 BURI, p. 175 ; MEIER E., p. 80.

moment de l'enregistrement[789]. On peut se demander à ce titre si un bien virtuel pourrait constituer une modification d'un produit (réel) ; *e.g.* une montre virtuelle doit-elle être considérée comme une modification d'une montre (produit enregistré en classe 14) ? Cette question doit être tranchée par la négative dans la mesure où un bien virtuel est radicalement différent, de par sa nature, d'un produit réel[790] et qu'il convient de les classer en classe 9[791]. Partant, un titulaire de marque traditionnelle qui souhaiterait étendre son activité en utilisant sa marque dans un monde virtuel devrait effectuer une nouvelle demande d'enregistrement pour le produit ou service concerné.

514. Par ailleurs, l'usage partiel de la marque – *i.e.* l'usage d'un signe pour une partie des produits ou services enregistrés – doit satisfaire à l'exigence d'usage de la marque prévue à l'art. 11 al. 1 LPM pour autant que les produits ou services qui ne sont pas utilisés soient similaires à ceux qui le sont[792].

515. Dans le cadre des mondes virtuels, l'importance de l'exigence de précision dans la classification des produits[793] ou services[794] lors de l'enregistrement doit être rappelée. En effet, si l'utilisation d'un bien virtuel particulier suffisait à valider l'enregistrement sous l'appellation générique « bien virtuel », cela présenterait « le danger d'élargir la sphère de protection de la marque et de

---

789 MEIER E., p. 82 et références citées en note 352.

790 *Supra*, N 435 ss.

791 *Supra*, N 478 ss.

792 GILLIERON (2005), p. 105. Selon cet auteur, l'invocation du non-usage de la marque en relation avec les produits ou services enregistrés « n'a d'intérêt qu'en dehors du principe de spécialité[,] le droit pour le titulaire d'exercer son droit exclusif à l'encontre de produits similaires [lui faisant] perdre […] son sens ». Pour une présentation des divergences doctrinales sur cette question – et plus généralement sur la question de savoir si l'usage d'une marque en relation avec un produit déterminé d'une classe vaut usage pour tous les produits de la classe – voir SHK MSchG-WANG, art. 11 N 33 ss et les références citées ; *contra*, et pour une interprétation littérale de l'art. 11 LPM, voir également CRPI/LPM-MEIER, art. 11 N 25 ss et les références citées. Ce dernier auteur est d'avis que permettre d'étendre l'usage à des produits similaires reviendrait à agrandir le champ de protection de la marque, en particulier lorsque la marque protégée est faible (CRPI/LPM-MEIER, art. 11 N 30).

793 *Supra*, N 488 ss.

794 *Supra*, N 504.

léser les intérêts des tiers, surtout s'agissant des indications générales comportant des produits qui ne sont pas similaires »[795].

ii. Usage sous une forme ne divergeant pas essentiellement de la marque enregistrée

516. L'usage doit également être effectué sous une forme ne divergeant pas essentiellement de la marque enregistrée (art. 11 al. 2 LPM). C'est le cas lorsque la forme de l'usage et la marque enregistrée laissent la même impression d'ensemble sur les milieux concernés[796]. Tel est par exemple le cas d'une marque combinée qui est utilisée sans l'un de ses éléments, sauf si l'élément abandonné est caractéristique[797].

517. Cette condition ne pose pas de problème particulier dans l'univers dématérialisé des mondes virtuels. L'usage sous une forme ne divergeant pas essentiellement de la marque enregistrée sera ainsi évalué selon les critères « classiques ».

iii. Usage sérieux

518. La notion d'usage de l'art. 11 LPM doit être interprétée de façon plus restrictive que dans le cadre de l'art. 13 LPM qui définit le droit exclusif d'utilisation de la marque par son titulaire[798]. Ainsi, on admettra plus difficilement l'usage pour le maintien du droit sur la marque que pour l'usage contrevenant aux droits exclusifs de son titulaire.

---

795 MEIER E., p. 90 s. Aux mêmes pages, l'exemple de cet auteur pour illustrer ce propos est pertinent : « [s]i la marque est enregistrée pour des produits pharmaceutiques, mais que l'usage porte seulement sur du sirop contre la toux, faudra-t-il se fonder sur l'indication générale pour apprécier le risque de confusion en cas de conflit? Dans l'affirmative, les concurrents seraient empêchés de déposer valablement la marque pour un produit d'une nature totalement différente, mais faisant partie des produits pharmaceutiques ».

796 La pratique du Tribunal fédéral en la matière est restrictive (TF du 30 septembre 2013, 4A_128/2011 *M-Watch*) ; ATF 130 III 267, JdT 2005 I 408 *Tripp Trapp III.*

797 ATF 130 III 267, JdT 2005 I 408 *Tripp Trapp III* (utilisation du seul élément verbal) ; pour plus d'informations, voir également MEIER E., p. 61 ss et SHK MSchG-WANG, art. 11 N 73 ss.

798 DAVID, art. 11 N 5 et art. 13 N 10 ; MEIER E., p. 32.

519. Le caractère sérieux de l'usage implique que la marque soit utilisée commercialement[799]. Ceci doit être vérifiable par des critères objectifs interprétés selon les circonstances du cas d'espèce[800]. Seront notamment pris en compte : le volume de vente, l'étendue géographique et la durée[801]. Par ailleurs, MEIER, en se référant largement à la doctrine allemande, précise que le caractère sérieux d'un usage publicitaire de la marque s'apprécie selon « la durée et l'étendue de la campagne publicitaire, les possibilités de commander les produits, les mesures préparatoires à la fabrication ou à la commercialisation déjà réalisées »[802].

520. Dans le cadre des mondes virtuels, deux situations seront analysées ci-dessous : l'usage de la marque virtuelle en relation avec un bien virtuel commercialisé dans un monde virtuel et l'usage de la marque sur un bien virtuel dans un but publicitaire (étant précisé que la marque est enregistrée pour des produits réels dans le deuxième cas).

521. Dans le premier cas, il appert que, pour que le caractère sérieux de l'usage soit reconnu, les biens virtuels doivent être commercialisés. Ainsi, la distribution gratuite ne sera donc pas suffisante. Le critère du volume de vente devra également être interprété au cas par cas selon le type de bien virtuel en question, ceux-ci pouvant également être rares. Cependant, la règle devrait être qu'un volume de vente important soit exigé car les biens virtuels n'ont généralement pas une grande valeur vénale, ce qui a pour conséquence qu'ils sont généralement vendus en relativement grand nombre. Le critère de la durée se posera au même titre que l'usage d'une marque enregistrée pour des produits réels, *i.e.* un usage régulier et pas des actes isolés[803]. Enfin, l'étendue géographique n'entre pas en ligne de compte dans la mesure où les mondes

---

799 GILLIÉRON (2005), p. 107 ; MEIER E., p. 50 ss.

800 GILLIERON (2005), p. 107 ; MEIER E., p. 50. Ainsi, ces critères ne seront pas interprétés de la même façon pour un produit de consommation usuel (*e.g.* des boissons) que pour un produit rare (*e.g.* un bijou). Dans ce dernier cas, le volume de vente exigé ne saurait être aussi élevé que pour le premier.

801 MEIER E., p. 51 s.

802 MEIER E., p. 54 s.

803 GILLIÉRON (2005), p. 107 s. ; MEIER E., p. 52.

virtuels dépassent les frontières. La question – différente – du rattachement de l'usage de la marque en Suisse sera étudiée ci-dessous (*iv*).

522. Le deuxième cas (l'usage de la marque sur un bien virtuel dans un but publicitaire) sort quelque peu du cadre de ce chapitre dans la mesure où la marque dont il est question est de type traditionnel, le « support » publicitaire étant virtuel. Ce cas est néanmoins intéressant à mentionner ici car un usage publicitaire peut constituer un usage valable pour le maintien du droit à la marque si les circonstances de l'utilisation « permettent à l'acheteur d'établir immédiatement un lien entre la marque et l'origine des produits ou des services concernés »[804]. L'usage d'une marque en relation avec un bien virtuel est donc susceptible d'avoir un impact sur le maintien du droit sur une marque enregistrée pour des produits réels si, tel que dans l'exemple de Reebok[805], l'utilisateur établi un lien avec l'origine des produits[806].

iv. Usage en Suisse

523. Selon le principe de territorialité, l'usage doit être effectué en Suisse, ou au moins sur une partie du territoire suisse[807]. Dès lors que l'on se trouve dans un monde virtuel qui, par essence, n'est pas lié à un territoire donné, comment faut-il apprécier la notion de territoire suisse ?

524. La Recommandation de l'OMPI du 3 octobre 2001 concernant l'usage des marques sur Internet fournit des facteurs[808] (art. 3) de rattachement territorial.

---

804 CRPI/LPM-MEIER, art. 11 N 10 ; MARBACH (2009), N 1311 ; MEIER E., p. 54 s.

805 *Supra*, N 494.

806 A titre comparatif, le BGH a considéré que l'utilisation de la marque « ZAPPA » dans un nom de domaine – qui donnait l'impression au public concerné de contenir des informations sur l'artiste concerné – ne constituait pas un usage de la marque (BGH du 31 mai 2012, I ZR 135/10).

807 ATF 107 II 356 ; Message LPM, p. 24 ; CHERPILLOD (2007), p. 192 ; DAVID, art. 11 N 18 ; MARBACH (2009), N 1347 ; MEIER E., p. 107 ; WILLI, art. 11 N 32. En vertu de la Convention du 13 avril 1892 entre la Suisse et l'Allemagne concernant la protection réciproque des brevets, dessins, modèles et marques (RS 0.232.149.136), l'usage d'une marque en Allemagne a le même effet que l'usage en Suisse (art. 5 *in limine*).

808 En vertu de l'art. 3 al. 2 Recommandation de l'OMPI, ces facteurs « ne sont pas des conditions prédéfinies permettant de parvenir à une conclusion. La conclusion dépendra des circonstances de l'espèce. Dans certains cas, tous ces facteurs pourront être pertinents, dans d'autres, certains d'entre eux pourront l'être. Dans d'autres encore, aucun des facteurs mentionnés ne sera

Ce dernier est fondé sur les « incidences commerciales » que l'usage de la marque pourrait avoir dans un État (art. 2). Ces facteurs, qui tentent de rattacher à un territoire l'usage d'un signe dans un univers sans frontière tel qu'Internet, pourraient être utiles également dans le contexte des mondes virtuels[809]. Plusieurs d'entre eux sont pertinents dans ce cadre :

- Le niveau et la nature de l'activité commerciale, qui peuvent être mesurés notamment par une activité commerciale qui serait effectivement assurée auprès des consommateurs d'un État (art. 3(1)(b)(i)). Ce sera le cas lorsque les biens virtuels ou les services utilisant la marque sont vendus à des personnes se trouvant en Suisse. Ce facteur peut également être mesuré par le fait que d'autres activités commerciales qui sont liées à l'utilisation du signe sur Internet mais qui n'ont pas lieu sur Internet sont poursuivies dans cet État. Ce critère sera utile au titulaire d'une marque qui est enregistrée pour des produits réels et des biens virtuels et qui utilise la même marque dans une activité « traditionnelle » sur le marché suisse, en parallèle de l'activité dans le monde virtuel.
- « [L]e rapport entre les modalités d'utilisation du signe sur l'Internet et cet État membre, notamment la question de savoir [:] i) si l'utilisation du signe est liée à des moyens de communication interactive qui sont accessibles aux internautes dans cet État ; […] iv) si le texte associé au signe est rédigé dans une langue d'usage courant dans cet État[810] ; v) si l'utilisation du signe est liée à un espace Internet qui a effectivement été consulté par des internautes se trouvant dans cet État » (art. 3(1)(d)). Ces critères pourront s'appliquer

---

pertinent et la décision pourra être fondée sur d'autres facteurs […]. Ces autres facteurs pourront être pertinents en soi ou en association avec un ou plusieurs des facteurs énumérés ».

809 Le Préambule précise que cette Recommandation a pour vocation de s'appliquer « afin d'établir si, en vertu de la législation pertinente d'un État membre, l'utilisation d'un signe sur l'Internet a permis d'acquérir ou de maintenir en vigueur une marque […] attaché[e] au signe ». Par ailleurs, l'OMPI a affirmé que l'utilisation d'un signe dans un monde virtuel pouvait également – au même titre que l'utilisation sur Internet – être rattachée au territoire d'un État et que, partant, ces facteurs étaient également pertinents dans ce contexte (OMPI SCT/25/3, N 52).

810 À ce propos, la CREPI a jugé que l'utilisation d'une marque sur des sites Internet de langue allemande n'est pas en mesure de fonder à elle seule l'usage de la marque en Suisse, CREPI du 25 janvier 2006, sic! 2006 p. 271.

tels quels dans le cadre des mondes virtuels, étant précisé que l'« espace Internet » devrait être interprété comme visant le monde virtuel – ou le secteur du monde virtuel – effectivement « visité » par des personnes se trouvant dans cet État[811].

- « [L]e rapport entre l'utilisation du signe sur l'Internet et un droit sur ce signe dans l'État membre considéré » (art. 3(1)(e)). Ce critère (très large) permettrait facilement de rattacher l'utilisation « virtuelle » d'une marque enregistrée en Suisse[812].
- La devise utilisée pour indiquer les prix (art. 3(1)(c)(ii), l'indication du prix en francs suisses par exemple serait un facteur rattachant l'utilisation du signe avec la Suisse.

525. Les mondes virtuels étant généralement distribués sous forme de logiciels téléchargeables ou directement accessibles depuis une page Internet, on pourrait se demander s'il serait justifié de lier les facteurs de rattachement au site Internet de l'opérateur du monde virtuel. Cette solution semble pratique : les facteurs de rattachement seraient alors appliqués à un domaine plus connu. Cependant, c'est l'usage du bien virtuel qui doit être considéré et non celui du monde virtuel. Admettre le contraire reviendrait à analyser le rattachement de l'usage de manière indirecte. Aussi, les critères de rattachement doivent être appliqués, au cas par cas, en considérant directement l'usage du bien virtuel.

526. La jurisprudence suisse n'a pas encore traité cette question de l'usage d'un signe sur Internet de façon approfondie et n'a donc ainsi pas eu l'occasion de prendre en compte cette Recommandation de l'OMPI[813]. Néanmoins, ces

---

811 Sur ce critère de rattachement, voir les discussions en lien avec le rattachement de la violation d'un droit de propriété intellectuelle au lieu de l'acte ou du résultat (*supra*, N 105 ss).

812 L'OMPI a réaffirmé l'importance de ce facteur depuis lors (OMPI SCT/25/3, N 52). Ceci pourrait être interprété comme une volonté d'assouplir le rattachement territorial concernant l'utilisation d'une marque dans un monde virtuel.

813 En revanche, à titre d'exemple, le Tribunal fédéral s'est déjà référé à une Recommandation commune de l'OMPI (Recommandation commune concernant des dispositions relatives à la protection des marques notoires (OMPI, 1999)) dans l'ATF 130 III 267, JdT 2005 I 408.

critères devraient trouver application dans ce cadre[814]. De plus, compte tenu de la nature des mondes virtuels, ces facteurs devraient s'appliquer de façon plus souple, à l'instar du troisième critère mentionné ci-dessus (« le rapport entre l'utilisation du signe sur l'Internet et un droit sur ce signe dans l'État membre considéré »)[815].

4. Étendue de la protection de la marque virtuelle et cas particulier de la marque de haute renommée

527. En vertu du principe de spécialité, le droit exclusif d'utilisation de la marque virtuelle du titulaire s'étend en principe à toutes utilisations identiques ou similaires de cette marque en relation avec un produit ou un service identique ou similaire lorsqu'il en résulte un risque de confusion (art. 13 et 3 al. 1 LPM)[816].

528. En dérogation au principe de spécialité, l'art. 15 LPM permet d'étendre la protection du droit des marques à tous les produits ou services qui ne sont pas similaires aux produits ou services enregistrés.

529. La question qui se pose est donc de savoir si une marque virtuelle pourrait acquérir le statut de marque de haute renommée (art. 15 LPM) par sa seule utilisation dans un monde virtuel. Autrement dit, est-ce que la nature virtuelle pourrait empêcher une marque virtuelle d'atteindre le statut de marque de haute renommée?

530. Selon la jurisprudence, la haute renommée implique que la marque jouisse d'une réputation positive[817] au sein d'un large public (dépassant le cercle des consommateurs spécialement visé par un produit ou service)[818] en Suisse[819]. La doctrine n'est pas unanime sur la façon d'établir le seuil à partir duquel une

---

814 À ce propos, voir BURI, p. 217 ss ; SHK MSchG-WANG, art. 11 N 52 s.

815 *Supra*, N 524.

816 Voir l'analyse de ces questions *infra*, respectivement N 552 s., 554 ss et 567 ss.

817 ATF 130 III 748.

818 ATF 124 III 277, JdT 1998 I 324 ; CRPI/LPM-GILLIÉRON, art. 15 N 9.

819 ATF 130 III 748.

marque atteindrait la haute renommée[820]. On pourra mentionner, à titre d'exemple, que la haute renommée des marques suivantes a été reconnue par le Tribunal fédéral: *Nike*[821], *Gucci*[822] et, plus récemment, *Bugatti*[823] et *Vogue*[824].

531. Au plan théorique, il ne semble pas que la nature des marques virtuelles constitue un obstacle à leur reconnaissance en tant que marque de haute renommée. Du point de vue pratique en revanche, l'acquisition de la haute renommée par une marque utilisée uniquement dans un monde virtuel n'est pas plausible eu égard au petit nombre d'utilisateurs des mondes virtuels[825]. La question sera susceptible de se poser lorsque ceux-ci seront utilisés à plus large échelle.

5. Protection contre la violation de la marque virtuelle

532. Ce chapitre considère la protection d'une marque virtuelle lorsque celle-ci est utilisée, sans l'accord de son titulaire, dans un monde virtuel ou dans le monde réel.

533. Au même titre que pour une marque traditionnelle, un titulaire de marque virtuelle a le droit d'empêcher un tiers d'en faire l'usage (commercial et en tant que signe distinctif) pour autant que le signe litigieux soit identique ou similaire à la marque enregistrée, qu'il soit utilisé en relation avec des produits ou des services identiques ou similaires et qu'un risque de confusion en résulte (art. 13 et 3 al. 1 LPM). Dans ce cadre, le lecteur pourra se référer aux développements présentés dans le chapitre suivant[826].

---

820 Sur ce point, voir notamment CHERPILLOD (1997), p. 183. Dans un arrêt relativement récent, le Tribunal fédéral a jugé qu'un taux de 25% de connaissance de la marque suffit pour atteindre la haute renommée (TF du 7 août 2012, 4A_128/2012, sic! 2013 p. 41).

821 ATF 124 III 277, JdT 1998 I 324.

822 ATF 116 II 614, JdT 1991 I 605.

823 TF du 16 avril 2007, 4C.440/2006, sic! 2007 p. 635.

824 TF du 7 août 2012, 4A_128/2012, sic! 2013 p. 41.

825 DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 795.

826 *Infra*, N 535 ss.

534. Il sied toutefois de relever à ce stade que la question de la similarité des biens sera beaucoup plus aisée à trancher lorsque la marque virtuelle fait l'objet d'un usage litigieux au sein d'un monde virtuel. En effet, la nature virtuelle des deux biens ne posera aucun problème lors de l'examen de cette condition : cette dernière devant être appréciée selon les critères « traditionnels » de la similarité entre produits ou services. Cependant, il ne faut pas déduire de ceci qu'une marque virtuelle conférerait une protection contre l'utilisation d'un signe similaire en relation avec n'importe quel type de biens virtuels[827]. En effet, le principe de spécialité est toujours applicable et, bien qu'ils soient potentiellement enregistrés dans la même classe[828], cela n'entraîne pas *de facto* une similarité[829]. Ainsi, bien que de semblable nature, une paire de chaussures virtuelle et une montre virtuelle ne devront pas être considérées comme similaires.

C. Violation d'une marque « traditionnelle » dans un monde virtuel

535. Ce chapitre traite de l'hypothèse – qui pourrait se révéler être la plus fréquente en pratique[830] – selon laquelle l'utilisateur d'un monde virtuel utiliserait un signe (dans un monde virtuel) sans l'accord du titulaire des droits sur une marque traditionnelle enregistrée en Suisse[831] ou sur la partie suisse d'une marque (traditionnelle) internationale. Par ailleurs, il est à noter que la

827 *Supra*, N 488 ss.

828 Il a été proposé ci-dessus que les biens virtuels soient tous enregistrés dans la classe 9 ; voir *supra*, N 506 ss.

829 *Infra*, N 557.

830 Voir DURANSKE, p. 149 ss, qui présente des exemples de biens virtuels qui utilisent sans droit les marques de tiers (notamment Ferrari, Cartier ou Nike) et qui estime globalement le montant des transactions portant sur de tels biens virtuels à USD 3′500′000.– par an selon des données de 2008. Les dernières statistiques disponibles indiquent qu'au 20 juin 2014 les transactions entre utilisateurs portant sur des biens virtuels s'élevaient à USD 3′200′000′000.– et que 1′200′000 transactions hebdomadaires étaient conclues.

831 DOUGHERTY & LASTOWKA présentent un exemple de cette hypothèse dans leur scénario n° 1 : l'utilisateur « appose » le signe Nike sur des chaussures virtuelles sans l'accord du titulaire de cette marque (DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 776).

violation d'une marque de service par un signe utilisé en relation avec une prestation de service au sein d'un monde virtuel appellera peu de commentaires particuliers dans la mesure où, un service étant immatériel par nature, le contexte virtuel de la violation ne sera pas véritablement problématique, sous réserve toutefois des services qui ont un lien étroit avec un bien matériel[832].

536. L'art. 13 al. 1 LPM prévoit que le droit à la marque confère à son titulaire le droit exclusif d'en faire usage pour distinguer les produits ou les services pour lesquels la marque est enregistrée ainsi que d'en disposer[833]. De plus, en vertu de l'art. 13 al. 2 LPM, le titulaire peut interdire à des tiers l'usage des signes dont la protection est exclue aux termes de l'art. 3 al. 1 LPM.

537. Les articles 13 et 3 al. 1 *lit.* a, b et c LPM prévoient que l'usage (1) d'un signe identique ou similaire (2) à une marque antérieure (art. 3 al. 2 LPM) et destiné à des produits ou services identiques ou similaires (3) peut être interdit lorsqu'il en résulte un risque de confusion (4). Sera également abordé le cas particulier de la violation d'une marque de haute renommée (5).

1. Usage d'un signe

538. Il va de soi que la violation d'une marque suppose nécessairement qu'un usage litigieux en soit fait. La question de la délimitation du concept d'usage est intéressante dans le contexte des mondes virtuels dans la mesure où il s'agit d'une utilisation nouvelle qui n'existait pas au moment de l'entrée en vigueur de la LPM.

539. Le législateur n'a pas clairement défini la notion d'usage à l'art. 13 LPM. Il ressort de cette disposition que l'usage pour distinguer des produits ou des services est une prérogative exclusive du titulaire de la marque (al. 1). Par ailleurs, une liste exemplative des différents usages prohibés est dressée (al. 2).

---

832 Voir *infra*, N 564 ss.

833 MARBACH (2009), p. 149 ss ; CHERPILLOD (2007), p. 169 ; DAVID, art. 13 N 3 ss.

540. La jurisprudence et de la doctrine ont clarifié cette notion en posant que, pour être prohibé, l'usage de la marque doit être effectué à titre commercial (*i*) et en tant que signe distinctif (*ii*).

i. Usage commercial

541. Seule l'utilisation commerciale d'une marque est susceptible d'être interdite, par opposition à un usage privé[834]. Il est dès lors essentiel d'identifier dans chaque cas d'espèce la nature de l'utilisation.

542. Il y a notamment usage commercial dans les deux situations suivantes.

543. Premièrement, l'utilisation d'une marque dans un monde virtuel doit être considérée comme commerciale dès l'instant où elle est utilisée en relation avec l'offre de produits réels ou des services qui seront fournis dans le monde réel à titre onéreux. Tel est le cas lorsqu'ils sont offerts contre une somme d'argent ou contre de la monnaie virtuelle, à condition que cette dernière ait une véritable valeur, à l'instar du Linden Dollar et du Project Entropia Dollar[835].

544. L'art. 13 al. 2 *lit*. e LPM, compte tenu de sa formulation large[836], permet de protéger une marque indépendamment du fait qu'elle soit apposée sur des produits ou utilisée directement en relation avec l'offre de services[837]. Ainsi, l'utilisation sans droit d'une marque pour offrir des produits ou des services sur un site Internet viole le droit exclusif d'utilisation du signe dans les affaires[838]. Par analogie, l'offre de produits réels effectuée au sein d'un monde

---

834 Voir l'ATF 114 IV 6 rendu sous l'empire de l'ancienne loi sur la protection des marques de fabrique; CHERPILLOD (1997), p. 169 ; DAVID, Vor 36 zum 3. Titel ; MARBACH (2009), p. 450 ; ATF 110 IV 108, p. 283 ; à noter toutefois que depuis l'entrée en vigueur le 1er juillet 2008 de l'art. 13 al. 2bis LPM, certains usages privés de marque sont prohibés, soit l'importation, l'exportation et le transit de produits de fabrication industrielle. Il faut toutefois nuancer la pertinence de cette disposition dans le cadre de ce travail car cette disposition ne s'appliquera certainement pas dans un contexte virtuel.

835 *Supra*, N 74.

836 La norme interdit à des tiers, en sus de la liste exemplative de l'art. 13 al. 2 let a à d, de faire usage de la marque « de quelqu'autre manière dans les affaires ».

837 ATF 126 III 322, JdT 2000 I 527 ; DAVID, art. 13 N 23.

838 CHERPILLOD (1997), p. 122 ; GILLIÉRON (2003), p. 191.

virtuel (comme cela peut être le cas dans Entropia Universe par exemple, mais qui n'est pas autorisé dans Second Life) d'une part, et l'offre de services (également effectuée au sein d'un monde virtuel) qui seront exécutés dans le monde réel d'autre part, devraient également entrer dans le champ d'application de l'art. 13 al. 2 *lit.* e LPM. Le média reste le même (Internet), seule la plateforme change.

545. Deuxièmement, l'utilisation d'une marque en relation avec des biens virtuels ou des services qui sont offerts ou prodigués dans un monde virtuel doit être considérée comme commerciale lorsque ceux-ci sont offerts à titre onéreux[839], soit lorsque la monnaie virtuelle utilisée est convertible en monnaie réelle (ou inversement)[840]. En effet, il faut comprendre que l'interdiction de « faire usage [de la marque] de quelque autre manière dans les affaires »[841] inclut ce nouveau type d'utilisation.

546. En revanche, l'usage ne sera pas réputé commercial lorsqu'un utilisateur crée, acquiert ou « possède » des biens virtuels pour son usage propre (*e.g.* des chaussures virtuelles sur lesquelles figurent la marque Nike)[842]. La question de l'usage privé s'est posée devant un tribunal californien dans l'affaire *Marvel v. NCSoft*[843]. Cette cour a considéré que la création et l'emploi (par des utilisateurs du MMORPG *City of Heroes* hébergé par NCSoft[844]) d'avatars à l'image de personnages de bandes dessinées pour lesquels Marvel détient des droits de marque ne constituait pas un usage commercial en droit américain.

---

839 DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 779 ; EVANS, p. 19 ; UNG, p. 709 ; VARAS, p. 9. En droit suisse par ailleurs, peu importe que la personne ou la société poursuive un but lucratif (SHK MSchG-THOUVENIN/DORIGO, art. 13 N 10 ; WILLI, art. 13 N 17), seule l'utilisation effective est prise en compte.

840 A ce titre, la monnaie virtuelle *Bitcoin* (www.bitcoin.org)– qui peut être convertie en monnaie réelle – a gagné en popularité ces dernières années. Elle permet notamment d'acquérir des biens virtuels sur Internet (une liste des entreprises qui acceptent les *Bitcoins* comme moyen de paiement est publiée ci-après : usebitcoins.info).

841 Art. 13 al. 2 let e LPM.

842 Voir l'exemple de MARBACH (2009), p. 450, selon lequel une personne qui brode le crocodile Lacoste sur un t-shirt pour son usage personnel n'utilise pas la marque dans le commerce.

843 *Marvel Enterprises, Inc., et al. v. NCSoft Corporation, et al.*, Case No. CV 04-9253-RGK (PLAx) (U.S.D.C. for the Central District of California 2005).

844 http://www.cityofheroes.com/.

547. La situation est plus délicate dans les cas d'offres de biens virtuels ou de services qui font l'usage d'une marque mais qui sont offerts à titre gratuit. Faut-il considérer qu'il y a usage privé (bien qu'il y ait offre et/ou transfert) ou, au contraire, qu'il y a usage commercial (bien que l'offre soit effectuée à titre gratuit) ?

548. Le droit américain envisage largement la condition de l'utilisation de la marque dans le commerce. Ainsi, l'offre et l'échange de biens virtuels, même à titre gratuit, peuvent être considérés comme commerciaux puisqu'il suffit que le marché en question soit affecté pour que cette condition soit réalisée[845]. KOTELNIKOV estime que ce système serait trop favorable aux titulaires de marques. Il est d'avis que le seuil d'admission de l'usage dans le commerce devrait être fixé – subjectivement – à partir du moment où l'utilisateur du monde virtuel agit à titre professionnel. Selon lui, ce critère pourrait être vérifié en contrôlant la fréquence des conversions de monnaie virtuelle en argent faites par l'utilisateur concerné[846]. Sur le plan théorique, cette proposition est intéressante. Cependant, il pourra s'avérer difficile, en pratique, d'obtenir ces informations.

549. En droit suisse, l'utilisation d'un signe protégé dans un nom de domaine peut constituer un usage privé si un objectif commercial n'est pas recherché[847]. BURI estime qu'il y a usage dans les affaires lorsque les consommateurs sont susceptibles de penser que le titulaire d'un site Internet qui utilise une marque dans son nom de domaine constitue une partie de l'activité de son titulaire[848]. La jurisprudence ne s'est pas prononcée sur ce point. L'utilisation d'une marque dans un monde virtuel pourrait être assimilée à l'utilisation d'une marque dans un nom de domaine en raison de la nature immatérielle de ces environnements. Il serait intéressant de savoir si l'exploitation privée d'un site Internet qui procurerait à son *webmaster* de petits revenus (*e.g.* liés aux clics des

---

845 Voir DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 779 s., et les références citées, qui citent comme exemple notamment la simple mise en service d'un site Internet incorporant une marque.

846 KOTELNIKOV, p. 127 s.

847 BURI, p. 101 ; MENN, p. 56 ; RÜETSCHI, p. 205.

848 BURI, p. 101.

utilisateurs sur des bannières publicitaires) serait considérée comme commerciale ou, au contraire, si la notion d'usage dans le commerce sous-entendrait un usage commercial relativement « sérieux ». Si l'on appliquait par analogie la seconde solution aux mondes virtuels, l'usage commercial ne serait constaté que si l'activité lucrative (*i.e.* le commerce de biens virtuels ou l'offre de services virtuels) effectuée par un utilisateur peut être qualifiée de sérieuse. Le critère de KOTELNIKOV[849] pourrait être appliqué de cas en cas pour délimiter l'usage commercial de l'usage privé de façon objective. Cependant, la solution du droit américain[850] – *i.e.* admettre l'usage dans le commerce dès que le marché est affecté de quelque manière que ce soit – doit être préférée en ce que la fonction d'identification de la marque peut être touchée même si le produit litigieux est offert à titre gratuit. Le critère décisif est de savoir si la marque est utilisée pour distinguer des produits ou des services pour répondre à une demande sur le marché, même si l'usage est effectué à titre gratuit[851].

ii. Usage comme signe distinctif

550. L'usage doit encore être effectué en tant que signe distinctif[852], *i.e.* dans le but de distinguer des produits ou des services. Cette condition doit être envisagée largement, l'usage comme signe distinctif n'impliquant pas qu'il soit directement lié au produit ou au service ; en témoigne l'exemple de l'art. 13 al. 2 *lit*. e LPM qui prohibe l'usage publicitaire d'une marque enregistrée. Partant, l'usage comme signe distinctif est possible dans un monde virtuel.

551. Ne seront pas considérés comme usage en tant que signe distinctif les parodies de marque[853] ou les usages décoratifs[854]. Le principe qui veut qu'en règle

---

849 KOTELNIKOV, p. 127 s.

850 Voir *supra*, N 548.

851 CRPI/LPM-GILLIERON, art. 13 N 11.

852 CHERPILLOD (2007), p. 170 et les références citées.

853 MARBACH (2009), p. 448 s. ; sous réserve d'une atteinte à la réputation d'une marque de haute renommée (art. 15 LPM).

854 CHERPILLOD (2007), p. 170 ; MARBACH (2009), p. 447 s.

générale l'apposition d'un signe sur un produit vaut usage de la marque[855] peut être appliqué par analogie dans le cadre des mondes virtuels. Par exemple, lorsqu'un vêtement virtuel arborant une marque est offert (à titre onéreux) dans un monde virtuel, il y aura en principe[856] usage de cette marque comme signe distinctif.

2. Identité/similarité des signes

552. En ce qui concerne la plupart des types de marque – soit notamment les marques verbales, figuratives, hologramme ou de mouvement – ce point n'exige pas de développement particulier puisque l'appréciation de l'identité ou de la similarité des signes s'effectuera dans un monde virtuel comme dans le monde réel[857], soit sur la base de l'impression d'ensemble laissée sur le consommateur par les éléments sonores, visuels ou sémantiques des signes en présence[858].

553. En revanche, on peut se demander si l'aspect graphique d'un bien virtuel pourrait être jugé identique ou similaire à une marque de forme. En effet, une telle marque – qui consiste en la forme du produit ou de son emballage[859] ou en une forme en trois dimensions[860] utilisée pour distinguer des produits ou des services[861] – est par essence liée à un bien réel. Dans un tel cas, la forme du bien virtuel ne doit pas être considérée comme identique à une marque de forme, ce qui a pour conséquence d'exclure l'application de l'art. 3 al. 1 *lit*. a et b LPM. La similarité devra néanmoins être admise si l'aspect du bien virtuel laisse

---

855 CHERPILLOD (2007), p. 170 ; *Arsenal c. Reed*, CJUE du 12 novembre 2002, dans la cause C-206/01 ; KOTELNIKOV, p. 126 s.

856 Sous réserve des cas où l'utilisation de la marque est accessoire – et n'est ainsi pas assimilée à un usage à titre de signe distinctif – ou à titre décoratif ou de parodie ; CHERPILLOD (2007), p. 170.

857 DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 786 ; UNG, p. 701 ; voir également KOTELNIKOV, p. 122, qui soulève que puisque les *« virtual-world brand-holders apply quite traditional methods (only unusual for being in digital format), there should not be any problem with this criterion »*.

858 ATF 127 III 160 ; plus récemment, voir TAF du 24 juillet 2009, B-5440/2008.

859 CHERPILLOD (2007), p. 63 ; DAVID, art. 1 N 18 ; MARBACH (2009), p. 151 ss.

860 Il est important de noter ici qu'une forme en trois dimensions n'équivaut pas à une représentation graphique en trois dimensions (comme on peut en trouver dans les mondes virtuels) mais désigne la forme tridimensionnelle d'un bien matériel.

861 DAVID, art. 1 N 18.

dans l'esprit des consommateurs concernés une impression d'ensemble similaire à la marque tridimensionnelle[862], ouvrant ainsi la voie à l'analyse de l'identité ou de la similarité des produits ou services et du risque de confusion.

3. Identité/similarité des produits ou services

554. La nature des biens virtuels et des biens matériels est totalement différente, les premiers étant immatériels et les seconds matériels. Ainsi, l'identité des produits n'est pas envisageable. Des questions se posent néanmoins quant à la similarité entre produits (*i*), la similarité entre produits et services (*ii*) et quant à l'identité ou la similarité entre services (*iii*).

i. Similarité entre produits

555. Comme vu plus haut, au stade de la réflexion portant sur la nature des biens virtuels à l'aune du droit des marques[863], les biens virtuels ne sont pas considérés *de lega lata* comme des produits au sens de l'art. 1 LPM. Même s'ils l'étaient, suivant ainsi la définition souhaitable du produit exposée ci-dessus[864], la question de la similarité entre produits se poserait de la même façon.

556. Cette question est particulièrement difficile à aborder du fait que la nature (virtuelle/réelle) de ces biens est totalement différente. Ainsi, la nature même des biens comparés influence-t-elle l'examen de la similarité et, cas échéant, dans quelles proportions ? Afin de répondre à cette question, la jurisprudence et la doctrine suisses et étrangères seront analysées.

557. Selon la doctrine et la jurisprudence, deux produits sont similaires si les cercles des consommateurs intéressés peuvent être amenés à penser qu'ils proviennent de la même entreprise ou d'une entreprise liée (appartenant au

---

862 MARBACH (2009), p. 288 ; WILLI, art. 3 N 105: « *Das menschliche Vorstellungsvermögen erlaubt es ohne weiteres, Formen mit Bildern in Verbindung zu bringen* ». Cette « imagination » (*Vorstellungsvermögen*) est encore facilitée par l'immersion dans un monde virtuel en trois dimensions.

863 *Supra*, N 441 ss.

864 *Supra*, N 451 ss.

même groupe ou par un contrat par exemple)[865]. De plus, ce critère s'apprécie selon les indices suivant : « mêmes lieux de production, mêmes technologies, même savoir-faire spécifique, même but général, domaines d'application proches, substituabilité, complémentarité, cercle de consommateurs semblable [et] canaux de distribution semblables »[866]. La classe des produits dans la Classification de Nice n'est par ailleurs pas déterminante – bien que la jurisprudence s'y réfère en tant qu'indice[867] – pour juger de l'identité ou de la similarité de deux produits[868]. Ainsi, le fait qu'un bien virtuel n'entre – *de lege lata* – dans aucune classe de produits de cette Classification n'empêche pas d'admettre la similarité entre un bien virtuel et un bien matériel[869].

558. Par ailleurs, l'argument selon lequel un bien matériel ne pourrait pas être similaire à un bien virtuel en raison du caractère immatériel de ce dernier n'est pas pertinent car la similarité peut, en principe, être reconnue entre des produits et des services, lesquels sont immatériels par essence[870]. Une application par analogie de la jurisprudence relative à la similarité des produits est par ailleurs délicate car très éloignée de la présente question[871] : seuls les indices de la complémentarité et du cercle de consommateurs semblable sont susceptibles de s'appliquer dans le cadre du commerce de biens virtuels[872].

---

865 TAF du 4 février 2008, B-7485/2006; TAF du 17 novembre 2008, B-8105/2007; CHERPILLOD (2007), p. 120 ; DAVID, art. 3 N 35 ; WILLI, art. 3 N 28.

866 CHERPILLOD (2007), p. 120 ; voir également : TAF du 4 février 2008, B-7485/2006 ; TAF du 17 novembre 2008, B-8105/2007 ; DAVID, art. 3 N 36 ss.

867 TAF du 4 février 2008, B-7485/2006 ; TAF du 17 novembre 2008, B-8105/2007.

868 CHERPILLOD (2007), p. 121 ; MARBACH (2009), p. 132 et 246 ss.

869 La Classification de Nice est néanmoins prise en compte par la jurisprudence à titre d'indice, voir TAF du 4 février 2008, B-7485/2006 et TAF du 17 novembre 2008, B-8105/2007.

870 Pour l'analyse de la similarité entre produits et services, voir *infra*, N 564 ss.

871 Il est à noter que la jurisprudence relative aux noms de domaine n'est pas plus pertinente car ceux-ci ne sont pas dépourvus d'un aspect matériel. En effet, le test de la similarité des produits sera effectué, pour un signe utilisé dans un nom de domaine, en examinant les produits ou services auxquels le site Internet est lié (ALBERINI/GUILLET, p. 312 s. ; GILLIERON (2003), p. 66).

872 DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 786 : « *[f]or example, virtual world users who wear Nike apparel in real life would probably be more likely to purchase such apparel for their avatars. Thus, while the products are very different, the consumers purchasing the products could be the same, which would increase the risk of association* ».

559. En droit étranger, DOUGHERTY et LASTOWKA, bien qu'ils estiment que ces deux indices pourraient être vérifiés si la preuve d'une confusion effective était apportée[873], se prononcent pour l'absence de similarité en raison du caractère fondamentalement différent des biens virtuels et des biens réels et notamment des différences entre les marchés respectifs[874]. VARAS, en s'appuyant sur la pratique restrictive des tribunaux anglais, adopte la même opinion et estime que les biens virtuels et les biens matériels ne peuvent pas être jugés similaires[875]. DAVIS rejoint VARAS en se fondant sur le fait que les biens virtuels ne sont pas substituables aux biens matériels et ne sont pas distribués dans les mêmes canaux[876]. ARMITAGE estime en revanche que les Cours anglaises pourraient reconnaître la similarité entre un bien matériel et un bien virtuel en interprétant le droit de façon « pragmatique »[877]. D'autres auteurs ne prennent pas clairement position sur ce point mais soulignent que l'issue juridique d'une telle question est incertaine[878].

560. L'avis majoritairement négatif de la doctrine s'explique par le fait que les biens virtuels sont trop dissemblables aux produits réels pour qu'une similarité soit admise. Cependant, le critère du cercle de consommateur semblable permettra dans certains cas d'établir une similarité entre des biens virtuels et des produits matériels[879]. Par exemple, le cercle de consommateurs est semblable dans l'hypothèse d'une marque utilisée en relation avec des produits réels qui sont destinés à un groupe de personnes susceptibles d'être actives dans un monde virtuel (*e.g.* une marque liée aux nouvelles technologies et visant un

---

873 Il faut noter à ce titre qu'une telle preuve n'aurait pas la même valeur devant les tribunaux suisses étant donné que le risque de confusion est une notion de droit. Il en découle que la preuve effective d'une confusion ne sera prise en compte qu'à titre d'indice (ATF 128 III 96, JdT 2002 I 491).

874 DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 791.

875 VARAS, p. 9.

876 DAVIS, p. 190 s.

877 ARMITAGE, p. 38 s.

878 HOLZER, p. 4; KOTELNIKOV, p. 125.

879 CRPI/LPM-SCHLOSSER/MARADAN, art. 3 N 148.

public jeune)[880]. Dans le prolongement de ce raisonnement, les biens virtuels utilisant une marque de type cité dans l'exemple précédant pourront être reconnus comme complémentaires à leurs pendants réels lorsqu'il existe un lien entre ceux-ci pour le cercle des consommateurs visés.

561. Par ailleurs, le critère de la diversification usuelle dans un secteur de l'économie, s'il était appliqué, permettrait de reconnaître une similarité entre des produits virtuels et des produits réels, cela d'autant plus si la marque jouit d'une certaine réputation[881]. Force est de constater qu'à ce jour, une telle diversification n'est usuelle dans aucun secteur de l'économie[882]. Cependant, il n'est pas exclu qu'à l'avenir la création de biens virtuels devienne – dans certains domaines (*e.g.* les produits de luxe ou de mode[883]) – une diversification usuelle.

562. La jurisprudence plus récente du Tribunal fédéral indique clairement que la diversification usuelle dans un secteur ne doit pas être prise en compte lors de l'examen de la similarité des produits[884]. Cela aurait pour conséquence, selon le Tribunal fédéral, d'éluder la condition – considérée comme absolue – de la similarité des produits ou services[885]. Cette jurisprudence tranche avec une

---

880 En revanche, si l'on reprend l'exemple des chaussures Nike (*supra*, note 872), le cercle des consommateurs des produits réels de cette marque est bien plus large que celui composé des utilisateurs d'un univers virtuel (de manière générale, mais en ce sens : CRPI/LPM-SCHLOSSER/MARADAN, art. 3 N 149). Une similarité ne sera ainsi pas retenue. Bien que pas directement en lien avec un univers virtuel, le BGH a rendu une décision qui permet d'illustrer ce propos. Dans l'arrêt I ZR 135/11, le BGH a considéré que le cercle des consommateurs de la marque de bière DUFF BEER – dont le logo et le nom s'inspire largement de la boisson favorite du personnage fictif Homer Simpson – comprend tous les consommateurs de bières et n'est pas limité au public de l'émission « *The Simpsons* ».

881 CHERPILLOD (2007), p. 122 s.

882 Voir notamment KOTELNIKOV, p. 127.

883 Voir notamment les exemples suivants pour lesquels la similarité des produits a été reconnue : des montres et des vêtements (CREPI n° MA-WI 17/96 du 24 février 1997, publié in sic! 1997 p. 163) et des produits cosmétiques et des vêtements (Tribunal de Bâle-campagne du 7 janvier 1997, dans la cause A 95/229, publié in sic! 1997 p. 167). Il est à noter que ces arrêts font également appel au critère des canaux de distribution, qui étaient semblables dans les cas d'espèce.

884 TF du 10 décembre 2009, 4A_242/2009, sic! 2010 p. 353 ; de cet avis également CRPI/LPM-SCHLOSSER/MARADAN, art. 3 N 134.

885 TF du 10 décembre 2009, 4A_242/2009, sic! 2010 p. 353 ; voir également MARBACH (2001), N 841.

jurisprudence antérieure qui interprétait la notion de similitude des produits de façon extensive [886]. Ainsi, l'arrêt se rapproche-t-il de la pratique communautaire qui a recours à des critères plus « directs » pour apprécier la similitude entre les produits (notamment leur type, leur utilité ou leur substituabilité)[887]. Le Tribunal fédéral est clair, bien que peu convaincant[888], concernant le critère de diversification usuelle dans un secteur économique : celui-ci est à écarter. On peut alors se demander le sort qui est réservé aux autres critères « indirects » qui pourraient être utilisés pour apprécier la similitude des produits, en particulier le cercle de consommateurs semblable. Une partie de la doctrine est d'avis que ce critère n'est pas décisif et ne suffit pas, à lui seul, à établir une similarité entre des produits[889].

563. Cependant, tous les critères qui permettent d'établir une similarité – aussi faible soit-elle – doivent être pris en compte à ce stade de l'analyse de l'art. 3 LPM. En effet, même si la similarité entre les produits est jugée faible (ce qui sera vraisemblablement le cas si le seul critère pertinent est le cercle des consommateurs ou la diversification usuelle dans un secteur de l'économie), un risque de confusion peut exister si la similarité des signes est grande ou si ceux-ci sont identiques[890].

ii. Similarité entre produits et services

564. Un produit peut être considéré comme similaire à un service et vice versa[891]. Par ailleurs, les indices applicables à l'appréciation de la similarité entre produits le sont également à l'appréciation de la similarité entre produits et

886 Voir notamment l'ATF 123 III 189, JdT 1997 I 237.

887 CJUE du 29 septembre 1998, C-39/97.

888 Pour plus d'informations, voir la note relative à l'arrêt du TF du 10 décembre 2009, 4A_242/2009, sic! 2010 p. 353.

889 MARBACH (2009), N 835 ss ; SHK MSchG-JOLLER, art. 3 N 269 ss.

890 *Infra*, N 567.

891 CREPI n° MA-WI 18/04 du 19 août 2005, sic! 2005 p. 807 ; CREPI n° MA-WI 07/00, MA-WI 10/00, MA-WI 11/00 du 1er avril 2003, sic! 2003 p. 709.

services[892]. Comme il a été discuté précédemment, la similarité entre des produits virtuels d'une part et des produits réels d'autre part est improbable. Partant, on peut considérer que le service de conception de biens virtuels ne pourrait pas être qualifié de similaire à des produits. À titre d'exemple, le service de conception de montres virtuelles ne serait pas considéré comme similaire à une montre réelle.

565. Par ailleurs, dans la mesure où la conception de biens virtuels pourrait potentiellement être liée à tous types de produits, leur similarité ne devrait pas être admise. Ceci ressort du raisonnement par analogie avec la décision de la CREPI selon laquelle la similarité entre des logiciels (produits enregistrés en classe 9) et des services bancaires n'a pas été admise parce que les logiciels sont utilisés dans tous les types de service et n'ont donc pas de lien particulier avec les services bancaires[893].

iii. Identité/similarité entre services

566. La similarité des services est envisageable dans le contexte des mondes virtuels aux mêmes conditions que la similarité entre deux services offerts dans le monde réel, sous réserve des services qui ont un lien étroit avec un bien matériel[894]. Dans certains cas (*e.g.* l'offre de services juridiques), les services pourront même être identiques quel que soit le lieu (physique ou virtuel) de l'offre[895].

---

892 CREPI n° MA-WI 07/00, MA-WI 10/00, MA-WI 11/00 du 1er avril 2003, publié in sic! 2003 p. 709.

893 CREPI n° MA-WI 19/02 du 3 octobre 2003, publié in sic! 2004 p. 101; voir également MARBACH (2009), p. 263.

894 Voir *supra*, N 458 s. Il faut noter à ce titre que la Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle a reconnu que les services d'un concepteur de page web étaient similaires au service de publicité en raison du lien étroit entre les pages web et leur utilisation publicitaire (CREPI n° MA-WI 02/02, publié in sic! 2003 p. 343). Cette jurisprudence n'est pas applicable par analogie aux services de conception de biens virtuels (qui s'intégreraient en classe 42 comme le suggère l'exemple d'Aimee Weber, *supra* note 777) dans la mesure où le lien entre les biens virtuels et la publicité n'est pas aussi étroit. En effet, la présence d'une marque dans un monde virtuel n'a pas le même impact publicitaire que sur un site Internet.

895 KOTELNIKOV, p. 125.

4. Risque de confusion

567. Le risque de confusion est la condition décisive de l'analyse de l'art. 3 al. 1 *lit*. b et c LPM. Il est établi lorsque, en raison de l'identité ou de la similarité des signes et de l'identité ou de la similarité des produits ou services, il est probable[896] que les consommateurs pensent à tort qu'un produit ou un service provient d'une entreprise déterminée (risque de confusion direct[897]) ou qu'un lien existe avec cette entreprise (risque de confusion indirect[898]). En outre, les conditions de similarité entre les produits ou services et de similarité entre les signes sont interdépendantes : plus les produits ou les services sont similaires, plus les signes doivent être différents pour éviter un risque de confusion[899]. *A contrario*, lorsque la similarité entre les produits ou les services est faible le risque de confusion est moindre. Il convient également de rappeler que le risque de confusion constitue une question de droit librement appréciée par le juge[900]. Lors de cet examen, celui-ci devra notamment tenir compte des circonstances dans lesquelles se déroule le commerce des biens et en particulier l'attention des consommateurs lorsqu'ils achètent de tels biens[901].

568. De manière générale, il est admis que l'attention des consommateurs est faible lorsqu'ils naviguent sur Internet[902]. On peut ainsi considérer, par extension, qu'elle l'est également dans le cadre du commerce de biens virtuels. En effet, prise séparément, la valeur des biens virtuels est souvent faible[903] ; les utilisateurs des mondes virtuels sont donc plus enclins de manière générale à

---

896 ATF 121 III 377, JdT 1996 I 234.

897 CHERPILLOD (2007), p. 108 ; DAVID, art. 3 N 6 ; MARBACH (2009), p. 293.

898 CHERPILLOD (2007), p. 108 ; DAVID, art. 3 N 6 ; MARBACH (2009), p. 294.

899 ATF 122 III 382, JdT1997 I 231 ; plus récemment, voir CREPI n° MA-WI 25/05 du 22 juin 2006, sic! 2006 p. 756 ; voir également CRPI/LPM-SCHLOSSER/MARADAN, art. 3 N 23 ss.

900 ATF 128 III 96, JdT 2002 I 491.

901 ATF 121 III 377, JdT 1996 I 234 ; ATF 93 II 424, JdT 1968 I 632 ; ATF 98 II 138, JdT 1972 I 623.

902 ALBERINI/GUILLET, p. 310 ; CRPI/LPM-SCHLOSSER/MARADAN, art. 3 N 36 ; contrat (mais en considérant les cas où l'utilisateur entre manuellement l'URL dans le navigateur et prête ainsi une plus grande attention) : TF du 6 octobre 2004, 4C.258/2004, *in:* sic! 2005 p. 123.

903 À titre d'exemple, les chaussures virtuelles pour homme les plus chères vendues sur Xstreet SL (https://www.xstreetsl.com) valent LD 4000.-, soit environ CHF 23.–.

acquérir des biens virtuels sans y prêter une grande attention[904]. Cet état de fait est propre à accroître le risque de confusion[905]. Il faut cependant garder à l'esprit que l'analyse du risque de confusion est effectuée selon les circonstances de chaque cas d'espèce. Ainsi, la faible attention des utilisateurs de mondes virtuels constitue une présomption réfragable.

569. Cependant, un obstacle majeur à la reconnaissance d'un risque de confusion par les tribunaux découle de ce que la similarité entre des produits « réels » et des biens virtuels ne sera vraisemblablement pas admise, leur nature étant trop différente[906]. Partant, le risque de confusion n'est pas envisageable dans la situation où la marque antérieure est enregistrée en relation avec l'offre de produits (en réservant toutefois le cas où la marque antérieure désigne des logiciels[907]). Si toutefois la marque antérieure est de haute renommée, le titulaire pourra se prévaloir de l'art. 15 LPM[908].

570. Si la marque antérieure est enregistrée en relation avec des services, la nature virtuelle du signe utilisé en relation avec des services dans un monde virtuel ne devrait pas constituer un obstacle particulier. Dans une telle situation, le risque de confusion pourra être admis. Par ailleurs, l'analyse de ce risque se fera comme dans un litige opposant des signes utilisés pour des services offerts dans le monde réel. Une réserve doit toutefois être faite pour les services qui impliquent l'utilisation de produits réels (*e.g.* la restauration) lesquels ne devraient pas être confondus.

---

904 Il convient toutefois d'analyser cette question au cas par cas en tenant compte du type de bien virtuel en question ; pour des exemples de cas où l'attention a été considérée faible ou élevée par la jurisprudence, voir CRPI/LPM-SCHLOSSER/MARADAN, art. 3 N 38 ss et les références citées.

905 ATF 122 III 382, JdT1997 I 231.

906 *Supra*, N 555 ss. Voir également DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 791 ; VARAS, p. 10 ; UNG, p. 701.

907 Dans une telle hypothèse, il s'agira d'analyser au cas par cas si la similarité entre les produits doit être admise.

908 *Infra*, N 571 ss.

5. Cas particulier de la violation d'une marque de haute renommée

571. Une marque de haute renommée[909] jouit d'une protection plus étendue que les autres marques. À teneur de l'art. 15 LPM, le titulaire d'une telle marque peut interdire à des tiers l'usage commercial de celle-ci pour tous les produits ou les services pour autant qu'un tel usage menace le caractère distinctif de la marque, exploite sa réputation ou lui porte atteinte (al. 1) et que cet usage ait eu lieu après que la marque ait acquis une haute renommée (al. 2). La condition de l'identité ou de la similarité entre les produits ou les services n'est donc pas requise pour établir la violation d'une telle marque, le principe de spécialité ne s'appliquant pas ici.

572. L'usage d'un signe dans un monde virtuel pourra donc constituer une violation de l'art. 15 LPM sans que ne soit exigée une similarité entre les biens virtuels et les produits ou services pour lesquels la marque de haute renommée est enregistrée. Le titulaire de la marque *Nike*[910], par exemple, pourrait empêcher le commerce de chaussures virtuelles sur lesquelles figurent la « virgule » caractéristique de cette marque pour autant que cette utilisation menace le caractère distinctif de la marque, exploite sa réputation ou lui porte atteinte.

573. En gardant à l'esprit l'exemple précédent, si les « fausses » chaussures *Nike* virtuelles s'avèrent de mauvaise qualité[911], l'on pourra considérer qu'elles portent atteinte à la réputation de la marque[912].

---

909 La marque de haute renommée n'a pas été définie par le législateur. Concernant les conditions matérielles d'existence d'une telle marque, voir *supra*, N 530.

910 Dans l'ATF 124 III 277, JdT 1998 I 324, le Tribunal fédéral a affirmé que Nike était une marque de haute renommée.

911 La qualité d'un bien virtuel doit s'apprécier en rapport avec son aspect graphique compte tenu de l'environnement et de l'aspect du monde virtuel dans lequel il se trouve. Ainsi, si les graphismes d'un monde virtuel ne sont, dans l'ensemble, pas d'une bonne qualité, il faut en tenir compte et abaisser le seuil à partir duquel la qualité devient acceptable.

912 DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 797 ; UNG, p. 704 ; VERN, p. 54. Le fait que le signe soit utilisé en relation avec des biens virtuels peut en soi constituer une atteinte à la marque si cette utilisation va à l'encontre de son image (voir notamment MARBACH (2009), p. 495 s. et WILLI, art. 15 N 26). Ce ne serait peut-être pas le cas dans cet exemple mais cela pourrait se produire par exemple pour une

574. Si elles s'avèrent au contraire de bonne qualité et ne portent pas atteinte à la marque de quelconque autre façon, le titulaire de la marque de haute renommée pourrait alternativement se prévaloir de l'art. 15 LPM en raison de l'exploitation de la réputation de sa marque. En effet, il est probable qu'un bien virtuel portant le signe *Nike* rencontrera plus de succès qu'un bien virtuel ordinaire auprès des utilisateurs des mondes virtuels du fait de sa notoriété[913].

575. En outre, le fait qu'un tiers non autorisé utilise de façon indue cette marque est susceptible de constituer une menace pour le caractère distinctif de celle-ci (risque de dilution)[914]. En effet, la marque a pour but de distinguer les produits et les services d'une entreprise. À trop être utilisée – sous une forme identique ou similaire[915] – par des tiers, les consommateurs pourraient ne plus discerner l'entreprise d'origine du produit ou du service.

576. L'art. 15 LPM offre ainsi une protection accrue à la catégorie des marques de haute renommée. Dans les cas où l'usage litigieux consiste en l'exploitation d'une marque de haute renommée, l'art. 15 LPM permet d'étendre la protection de l'art. 13 LPM en n'exigeant pas de risque de confusion[916], le critère déterminant étant qu'« un transfert d'image dans l'esprit du public » ait lieu[917].

---

marque de haute renommée de luxe comme Gucci (ATF 116 II 614) dont l'image pourrait être ternie par le simple fait de l'« apposition » de sa marque sur des biens virtuels (UNG, p. 704).

913 DOUGHERTY/LASTOWKA, p. 797, conçoivent ceci en tant que *« dilution by free-riding »*, principe de *common law* développé par le juge Posner (*Ty Inc. v. Ruth Perryman,* 306 F.3d at 512 (U.S. CoA 7th cir. 2002)) mais qui n'a pas encore été appliqué en pratique.

914 ATF 130 III 748.

915 CRPI/LPM-GILLIERON, art. 15 N 18.

916 CRPI/LPM-GILLIERON, art. 15 N 19.

917 CRPI/LPM-GILLIERON, art. 15 N 19.

Chapitre 2: Cas particuliers de violation sur les réseaux sociaux

577. Le chapitre précédent s'est attaché à analyser le droit des marques relativement aux biens virtuels. Ceux-ci se trouvent typiquement dans les mondes virtuels. Ils en constituent le contenu principal. La plateforme des opérateurs de réseaux sociaux, dans lesquels il est également possible de trouver des biens virtuels[918], est généralement accessible depuis une page Internet. Ainsi, des questions spécifiques se posent en relation avec les URL des différentes pages qui y sont hébergées dans la mesure où un URL unique est attribué à la page de chaque utilisateur. Ces URL reprenant généralement le nom d'utilisateur des utilisateurs du réseau social, cette question sera abordée conjointement. Par ailleurs, un type particulier de texte – *hashtag* – a été introduit par Twitter. Ce point nécessite également une discussion spécifique.

578. Dans un premier temps, les différentes notions afférentes à ces cas particuliers seront présentées (A). Ensuite, seront développés les points concernant d'une part les URL (B) et d'autre part les *hashtags* (C). Enfin seront présentés les mécanismes privés de résolution des litiges mis en place par certains opérateurs en vue d'offrir un moyen de protection supplémentaire aux titulaires de marques contre les violations commises sur le réseau social en question (D)[919].

---

[918] À ce titre, les développements exposés dans le chapitre précédent (*supra*, N 432 ss) s'appliquent également aux réseaux sociaux.

[919] En outre, il est intéressant de noter qu'une approche non judiciaire, en particulier pour la violation d'une marque, peut être recommandée dans certains cas. Certains exemples tendent en effet à démontrer qu'une approche traditionnelle (judiciaire) face à de telles violations peut avoir des retombées néfastes sur une entreprise, une approche « *user friendly* » devant être préférée selon les circonstances. A ce propos, voir notamment BURTON, KELLER (2013) et ROSENTHAL (2013). Pour des exemples concrets, voir SMITH et HAIGHT. Le premier expose les exemples de Coca-Cola et Dell qui ont su tirer profit de violation de leur marque sur les réseaux sociaux en collaborant avec les personnes qui la violaient et ont ainsi amélioré l'image de celle-ci au sein des

A. Notions

579. Il est important, dans un premier temps, de délimiter le cadre dans lequel s'inscrit cette analyse juridique. Ainsi, seront définies les notions de nom d'utilisateur (1), d'URL post nom de domaine (2), de *hashtag* (3), de *meta-tag* (4) et de *keyword advertising* (5). Ces deux dernières notions seront utiles aux développements dans le cadre de la protection des marques utilisées dans des hashtags.

1. Nom d'utilisateur

580. Le nom d'utilisateur est choisi par les clients d'un réseau social lors de leur inscription. Il peut s'agir du nom légal d'une personne physique, d'un pseudonyme ou de la raison sociale d'une entreprise. Celui-ci est affiché sur la page de l'utilisateur tel quel ou, comme dans le cas de Twitter, précédé d'une arobase (@). Il est généralement repris dans l'URL unique attribuée à chaque utilisateur[920].

2. URL post nom de domaine

581. Le terme « URL post nom de domaine » correspond à la partie de l'URL se trouvant directement à droite du nom de domaine de premier niveau. En guise de rappel, un URL est composé d'un nom de domaine de premier niveau (*e.g.* « .com »), de deuxième niveau (*e.g.* « twitter »), parfois de troisième niveau (en lieu et place de « www ») et du reste, soit l'URL post nom de domaine. Par exemple, l'URL post nom de domaine de « https://twitter.com/TheAppleInc » est « TheAppleInc ».

---

univers virtuels concernés. La seconde offre un exemple où une judiciarisation des efforts de protection d'une marque contre sa violation dans un réseau social a porté préjudice à sa réputation. Ces deux auteurs recommandent ainsi une approche circonstanciée des violations de marques dans ce contexte, notamment en militant pour une approche jointe des départements légaux et marketing des entreprises.

920 *E.g.* : https://www.facebook.com/pages/Apple-Inc/137947732957611 ou https://twitter.com/TheAppleInc.

3. Hashtag

582. Twitter a introduit un type spécifique de texte (les *hashtags*) que les utilisateurs peuvent utiliser lorsqu'ils publient des tweets. Les hashtags sont détectés par le préfixe # et sont suivis directement d'une chaîne de caractères sans espace. Ils représentent en quelque sorte des mots-clés qui permettent d'identifier le sujet d'une publication. Ils permettent à l'opérateur du réseau social de grouper les sujets de conversation prenant place sur sa plateforme et d'améliorer l'efficacité des recherches.

4. Meta-tag

583. Par souci de simplification, le terme *meta-tag* est utilisé dans ce travail spécifiquement pour désigner les mots-clés qui figurent dans le code HTML d'une page Internet sans être visible des utilisateurs[921]. Ils étaient utilisés par les moteurs de recherche afin d'identifier le contenu de la page en question et constituaient ainsi une variable importante des algorithmes de ces derniers. Par exemple, lorsqu'un utilisateur recherchait « adidas » sur le moteur de recherche Google, les pages Internet comprenant le *meta-tag* « adidas » avaient plus de chances d'être classées dans les premières pages des résultats de la recherche.

584. Bien que les *meta-tags* n'influencent plus les algorithmes des moteurs de recherche aujourd'hui[922], la réflexion juridique basée sur la façon dont ils étaient utilisés auparavant[923] est pertinente dans le cadre de la réflexion par analogie avec les *hashtags* qui est proposée ci-après[924].

---

921 Voir notamment BÜHLER G., p. 48 ss qui donne une définition des *meta-tags* et des exemples d'utilisation.

922 Google a notamment cessé d'en tenir compte en 2009 ; voir http://googlewebmastercentral.blogspot.ch/2009/09/google-does-not-use-keywords-meta-tag.html.

923 *Infra*, N 626 ss.

924 *Infra*, N 630 ss.

5. Keyword advertising

585. Le *keyword advertising* est une méthode publicitaire offerte par les moteurs de recherche. Les entreprises paient pour qu'un mot-clé (*keyword*) leur soit attribué (de manière non-exclusive). Lorsque le mot-clé en question est recherché par un utilisateur du moteur de recherche, cela fait apparaître des « liens sponsorisés » sur la page des résultats qui sont présentés en fonction du montant versé par chaque entreprise.

B. Nom d'utilisateur et URL post nom de domaine

586. Le nom d'utilisateur et l'URL post nom de domaine ont pour objectif d'identifier la personne (physique ou morale) qui est titulaire de la page hébergée sur le réseau social. Ainsi, ces deux questions se confondent et il convient de les traiter en commun.

587. Le législateur fédéral américain ayant adopté une législation en matière de cybersquatting dans le cadre de sa loi sur les marques, il se justifie de commencer ce chapitre par l'analyse de cet ordre juridique (1) avant d'étudier le droit suisse (2).

588. Il est important de mentionner à ce stade que seules les questions ressortissant aux droits des marques seront étudiées ci-après, à l'exclusion d'autres moyens, notamment les droits de la personnalité, des raisons de commerce et de la concurrence déloyale[925].

1. Droit américain

589. En 1999, le législateur américain a introduit l'ACPA dans la loi sur le droit des marques. Cette disposition précise les conditions de protection d'une marque lorsque celle-ci est utilisée dans un nom de domaine. Trois conditions doivent

925 Ces différents domaines du droit, bien qu'en lien avec l'objet de cette étude, dépassent le cadre strict des droits de propriété intellectuelle étudiés dans ce travail et ne seront ainsi pas traité ; voir *supra*, note 2.

ainsi être remplies : (1) la marque doit être distinctive[926], (2) le nom de domaine est similaire à celle-ci et il en résulte un risque de confusion[927] et (3) la personne qui a enregistré ce nom de domaine a l'intention de tirer profit de celui-ci de mauvaise foi[928].

590. En outre, il est important de noter que le champ d'application de cette disposition se limite aux noms de domaine, ceux-ci étant définis à l'art. 15 U.S.C. § 1127 comme étant une chaîne de caractères alphanumériques attribuée par un *registrar*[929] et faisant partie d'une adresse Internet (URL).

591. Deux arrêts américains traitent de la question de la violation d'une marque lorsqu'elle est utilisée dans un URL post nom de domaine[930], hors du contexte des réseaux sociaux[931]. La définition du nom de domaine y est rappelée. De plus, la Cour a justifié cette exclusion en concluant qu'un URL post nom de domaine n'a pas de fonction d'identification, contrairement au nom de domaine de second niveau, et ne représente que la manière dont les fichiers sont organisés sur le serveur hôte[932]. La présence d'une marque dans un URL post nom de domaine ne peut ainsi pas constituer une violation de marque[933].

592. Ainsi, bien que la loi ne précise pas quelle partie de l'URL constitue un nom de domaine, il faut comprendre ce terme comme désignant le nom de domaine de

---

926 Art. 15 U.S.C. § 1125 (d) (1) (A) (ii).

927 Art. 15 U.S.C. § 1125 (d) (1) (A) (ii) (I).

928 Art. 15 U.S.C. § 1125 (d) (1) (A) (i).

929 Les *registrars* sont des personnes morales autorisées par l'ICANN à délivrer des noms de domaine de second niveau. Pour une présentation de la gouvernance d'Internet et en particulier de l'ICANN, se référer à GILLIERON (2003), N 9 ss.

930 *Interactive Products Corp. v. A2Z Mobile Office Solutions*, 326 F.3d 687 (U.S. CoA 6th Cir. 2003) et *Nagler v. Garcia*, 2010 FED App. 0195N (U.S. CoA 6th Cir. 2010).

931 Pour une discussion relative à l'ACPA dans le domaine des réseaux sociaux, se référer notamment à CURTIN, p. 371 ss, et HARDY, p. 771 ss.

932 *Interactive Products Corp. v. A2Z Mobile Office Solutions*, 326 F.3d 687 (U.S. CoA 6th Cir. 2003) : « *Each website has a corresponding domain name, which is an identifier somewhat analogous to a telephone number or street address. […] A post-domain path merely shows how a website's data is organized within the host computer's files* » (p. 691).

933 *Interactive Products Corp. v. A2Z Mobile Office Solutions*, 326 F.3d 687 (U.S. CoA 6th Cir. 2003) : « *[I]t is unlikely that the presence of another's trademark in a post-domain path of a URL would ever violate trademark law* » (p. 698).

second niveau (*i.e.* la partie de l'URL qui se trouve typiquement entre « www » et « .com » par exemple)[934] : l'URL post nom de domaine est exclue du champ d'application de l'ACPA[935].

593. La question de la violation d'un droit de marque, lorsqu'une marque est utilisée pour enregistrer un nom d'utilisateur sur un réseau social, n'a pas été tranchée par les tribunaux américains[936]. Elle a cependant intéressé la doctrine dans la mesure où, lorsqu'un tiers enregistre sans droit un nom d'utilisateur consistant en la marque d'autrui, cela porte préjudice au titulaire de la marque en question[937]. En effet, le titulaire n'est plus à même d'utiliser sa marque pour identifier son entreprise sur ledit réseau social et ainsi le prive d'un moyen publicitaire efficace[938].

2. Droit suisse

594. À l'heure actuelle, aucun cas de violation de marque utilisée dans un URL post nom de domaine n'a été soumis aux tribunaux suisses. La doctrine ne s'est par ailleurs pas intéressée à cette question. Il est cependant nécessaire de l'étudier dans la mesure où, comme il a été mentionné ci-dessus[939], l'enjeu pour un titulaire de marque est important dans le cadre spécifique des réseaux sociaux.

595. Dans un premier temps, le cadre légal applicable aux noms de domaine sera brièvement présenté (i) avant de discuter plus spécifiquement de l'hypothèse des URL post nom de domaine (ii).

---

934 Voir HARDY, p. 772 s., et les références citées.

935 Pour une discussion plus approfondie, voir THOMAS, p. 1 ss.

936 Des affaires existent, mais celles-ci ont finalement fait l'objet de transaction extrajudiciaire (voir notamment l'affaire *LaRussa c. Twitter*, présentée par GLICKMAN/FINGERHUT, p. 57) et PESOCHINSKY, p. 223 ss. Pour une discussion de ce point, voir CURTIN, p. 372 et HARDY, p. 785 ss.

937 CURTIN, p. 371.

938 CURTIN, p. 371.

939 *Supra*, N 593.

i. Nom de domaine

596. De manière générale, l'enregistrement d'un nom de domaine par un tiers qui utilise la marque d'autrui ne constitue pas, à lui seul, une violation de la LPM[940]. Il faut encore que les conditions des art. 13 et 3 LPM soient remplies : l'usage du signe doit être commercial, effectué à titre de signe distinctif, identique ou similaire à la marque enregistrée, pour des produits ou des services similaires et un risque de confusion doit en résulter[941]. Pour déterminer s'il y a un usage dans les affaires (art. 13 al. 2 *lit*. e LPM) et si les biens ou services proposés sont similaires, il est nécessaire de se référer au contenu du site en question[942].

597. Par ailleurs, lorsque l'objet de la protection est une marque de haute renommée, les conditions de l'art. 15 LPM s'appliquent[943].

598. Outre les moyens judiciaires, il faut rappeler qu'une résolution administrative des litiges liés aux noms de domaine est possible, notamment par l'UDRP (pour les noms de domaines génériques (*e.g.* « .com »)) et par la procédure mise en place pour les noms de domaine « .ch » et « .li »[944]. Ces procédures ne seront pas discutées plus avant dans la mesure où elles ne concernent que la résolution des litiges portant sur les noms de domaine de second niveau[945].

ii. URL post nom de domaine et nom d'utilisateur

599. La question de la violation d'une marque par le biais d'une utilisation dans un URL post nom de domaine n'a pas été tranchée en Suisse. On peut dès lors se demander si les règles applicables en matière de noms de domaine le sont également dans cette hypothèse. Dans un premier temps, trois conditions seront analysées : l'usage de la marque à titre de signe distinctif (*a*), l'usage

---

940 TF du 8 novembre 2004, 4C.31/2004 ; CHERPILLOD (2007), p. 257.

941 Les conditions de ces dispositions sont présentées *supra*, N 536 ss.

942 ALBERINI/GUILLET, p. 312 s., et les références citées en note 68.

943 Voir *supra*, N 571 ss.

944 Pour plus de détails, se référer à CHERPILLOD (2007), p. 258 ss, et GILLIERON (2003), N 200 ss.

945 Voir notamment THOMAS, p. 1 ss.

commercial de la marque (*b*) et la similarité des produits ou services (*c*). Ensuite seront discutés les cas des pages de fans (*d*) et du dénigrement (*e*).

a. Usage à titre de signe distinctif

600. L'une des conditions d'application de l'art. 13 LPM est que l'usage litigieux doit être effectué à titre de signe distinctif, *i.e.* un usage propre à identifier l'origine des produits ou des services. Il s'agit de la fonction première de la marque : la fonction d'identification (art. 1 al. 1 LPM)[946].

601. D'une manière générale, les conclusions des tribunaux américains peuvent être transposées en droit suisse : l'usage d'une marque dans un URL post nom de domaine n'est pas propre à identifier l'origine des produits ou des services[947].

602. Cependant, dans le cadre des réseaux sociaux, le nom d'utilisateur et, par extension, l'URL post nom de domaine remplissent bien ce rôle. En effet, (i) les réseaux sociaux hébergent les pages de leurs utilisateurs qui en génèrent et contrôlent le contenu[948] et (ii) les utilisateurs s'y inscrivent et choisissent leur identifiant[949]. Aussi, bien que l'URL post nom de domaine d'une page d'un réseau social représente – du point de vue de l'opérateur – la manière dont les fichiers sont organisés sur le serveur, il consiste également en une identification de l'utilisateur (*i.e.* des personnes physiques ou morales)[950].

603. À ce titre, il se justifie de traiter les URL post nom de domaine de la même manière que les noms de domaine de second niveau, en analysant au cas par cas si la fonction d'identification est remplie[951]. Lorsqu'un signe est utilisé

---

946 *Supra*, N 464 ss.

947 *Supra*, N 591.

948 Le contrôle n'est pas absolu en ce qu'il est limité par les moyens techniques mis à disposition par les opérateurs et par les contrats d'utilisation du réseau social.

949 A ce titre, la création d'un compte sur un réseau social est similaire à l'enregistrement d'un nom de domaine.

950 Voir notamment THOMAS, p. 45.

951 Voir notamment HARDY, p. 788 ss, qui suggère ceci dans le cadre du droit américain.

dans un URL post nom de domaine rattaché à un réseau social, une présomption (réfragable) que tel est le cas doit être accordée[952].

b. Usage commercial

604. Une marque est protégée, dans le cadre de l'art. 13 LPM, lorsque l'usage litigieux est commercial. La question se pose ainsi de savoir si l'usage d'une marque dans un nom d'utilisateur ou un URL post nom de domaine peut être qualifiée de commerciale.

605. Les affaires portées devant les tribunaux suisses en relation avec la violation d'une marque dans un nom de domaine visaient une utilisation du signe pour désigner des pages Internet sur lesquelles des produits ou des services étaient offerts[953]. Sur les pages de réseaux sociaux, ceci n'est pas toujours le cas. En effet, celles-ci servent principalement à effectuer de la publicité[954] pour les produits ou les services d'une entreprise et incluent parfois des liens vers la page de celle-ci sur laquelle les consommateurs peuvent commander des biens ou services.

606. L'art. 13 al. 2 *lit*. e LPM confère au titulaire d'une marque le droit exclusif « de l'utiliser à des fins publicitaires ou d'en faire usage de quelqu'autre manière dans les affaires ». La situation exposée ci-dessus entre clairement dans la catégorie large fondée sur cette disposition. Peu importe que le contenu de la page Internet propose directement les produits ou les services d'une entreprise[955]. Le critère déterminant est que ce contenu ait une connotation publicitaire[956]. Ce critère doit être examiné au cas par cas pour déterminer si une violation du droit exclusif d'une marque a été commise.

---

952 Cette présomption se justifie pour les raisons citées *supra*, N 602.

953 Voir ALBERINI/GUILLET, p. 306 ss, et les références citées.

954 La publicité doit être comprise au sens large. Il peut s'agir autant de spots publicitaires que de jeux concours.

955 En fonction du cas d'espèce, c'est l'art. 13 al. 2 *lit*. a, b, c ou d LPM qui sera applicable.

956 L'argumentation de CHERPILLOD (2007), p. 263, qui porte sur les liens sponsorisés qui affichent une marque est valable, par analogie, dans ce contexte. Voir également Obergericht Thurgau du 7 septembre 2011, sic! 2012 p. 387.

c. Similarité des produits ou services et risque de confusion

607. Dans le cadre de l'analyse du risque de confusion, lorsqu'un signe est utilisé dans un nom de domaine, il convient de se référer au contenu du site Internet afin de déterminer si la condition de la similarité des produits ou des services est donnée[957]. Rien ne justifie qu'il n'en soit pas de même lorsqu'un signe est utilisé dans un URL post nom de domaine.

608. Le risque de confusion doit s'apprécier de façon objective en tenant compte de l'attention des consommateurs dans la situation topique. Le degré de celle-ci est bas dans le contexte d'Internet[958], ce qui vaut également dans les réseaux sociaux.

609. Par conséquent, l'exigence du risque de confusion requis dans le cadre d'un URL post nom de domaine ne doit pas être interprétée de manière trop restrictive.

d. Pages de fans

610. Certaines pages de réseaux sociaux, créées par des fans, utilisent des marques dans leur identifiant[959]. Les marques les plus connues en comptent un nombre important.

611. Dans un arrêt récent, le Tribunal de grande instance de Paris a analysé la condition de l'usage commercial d'une marque dans le cadre d'un litige opposant une fan de la série télévisée « Plus belle la vie » à la société productrice de cette série[960]. L'utilisatrice de Facebook avait créé une page sous le nom « PBLV Marseille » qu'elle gérait personnellement. La productrice, titulaire de la marque « PBLV », a exigé de Facebook que la page

---

957 *Supra*, N 596.

958 *Supra*, N 568.

959 Une page de fan se définit comme une page ou un compte d'un réseau social qui a pour but de communiquer une passion ou une admiration pour des produits ou services et qui est créée/administrée par un utilisateur qui n'est pas lié à la société qui offre les produits ou les services concernés ; voir par exemple la page « Nikejuice » (https://www.facebook.com/NikeSpirit99?ref=br_rs).

960 *Laurence C. c. Telfrance Serie et Facebook France*, TGI du 28 novembre 2013.

lui soit transférée dans la mesure où, selon elle, le nom de la page ainsi que la reproduction de ses marques figuratives dans le contenu de la page violaient sa marque. Le Tribunal a conclu logiquement que si la personne qui gère la page agit sans aucun bénéfice économique en sa faveur, l'usage de la marque n'est pas commercial et il n'est ainsi pas fondé de l'empêcher sur la base du droit des marques[961].

612. La conclusion du Tribunal de grande instance de Paris[962] peut être transposée, en l'espèce, dans une perspective de droit suisse, les pages de fans ne remplissant de manière générale pas la condition d'usage commercial de la marque[963]. Cependant, il sied de relever que la condition de l'usage commercial est plus large en droit suisse : elle comprend également les usages à titre gratuit qui sont propres à affecter le marché concerné par les produits ou services du titulaire de la marque utilisée[964].

613. Dans un arrêt concernant l'utilisation d'une marque (de haute renommée) dans un nom de domaine, le Tribunal fédéral a jugé que l'intérêt du titulaire de

---

961 Il est intéressant de constater que dans cette affaire, la productrice de la série télévisée a été condamnée à payer EUR 10'000.- à la demanderesse pour tort moral. Le Tribunal a considéré que le comportement de la productrice – notamment (i) qu'elle avait connaissance de l'existence de la page Facebook en question, (ii) qu'elle avait rencontré Laurence C. lors de la présentation d'une charte que la productrice avait établie dans le but de réglementer les pages de fans et autres sites Internet non officiels de la série et (iii) qu'elle s'est fait transférer la page Facebook de Laurence C. qui comptait plus de 600'000 fans – était « parasitaire ».

962 *Supra*, N 611.

963 Voir KELLER (2013), p. 509. KELLER décrit par ailleurs les moyens mis à disposition des titulaires de marque par certains opérateurs d'univers virtuels pour que leurs pages « officielles » soient distinguées de manière claire (KELLER (2013), p. 509 ss). Voir également *supra*, N 541 ss.

964 *Supra*, N 549. Il est intéressant de relever qu'une affaire qui oppose un utilisateur de Facebook à Ferrari est en cours (pour une présentation plus détaillée de cette affaire, voir http://www.letemps.ch/Page/Uuid/a7bf97a6-b998-11e3-921c-c4e68dd9a813/Un_Genevois_de_21ans_sattaque_à_Ferrari ; voir également l'affaire américaine *Olivier Wasem & Sammy Wasem v. Facebook, Inc. & Ferrari S.p.A.*, CIV-530869, dont la demande est disponible sur http://pdfserver.amlaw.com/ca/WasemvFerrari.pdf). Cet utilisateur a créé une page à destination des fans de la marque Ferrari qui est devenue la page de fans Facebook « officielle » de Ferrari en 2010 (https://www.facebook.com/Ferrari). Bien que l'affaire en question ne porte pas spécifiquement sur la violation du droit à la marque par cet utilisateur, il est intéressant de relever que dans un tel contexte la condition de l'usage commercial n'aurait pas été donnée dans la mesure où l'utilisateur en question ne semblait pas utiliser la marque Ferrari dans un contexte commercial (ni d'une manière propre à affecter le marché concerné). Cette affaire est intéressante également du point de vue du droit d'auteur en relation avec la protection de l'apparence de la page Facebook ; voir *infra*, N 696 ss.

la marque « Maggi » à utiliser le nom de domaine « www.maggi.com » l'emporte sur celui de la personne (inconnue) nommée Maggi d'utiliser un tel nom de domaine sans adjonction permettant de le différencier[965]. Cette personne utilisait le nom de domaine précité à des fins privées, mais le Tribunal a retenu que cet usage était de nature à entraver des clients potentiels du titulaire de la marque d'entrer en contact avec lui par le biais d'Internet. La question de savoir si cette conclusion est applicable aux marques ne jouissant pas d'une haute renommée n'a pas été tranchée. Appliqué par analogie aux pages de fans, ceci confère aux titulaires de marques de haute renommée le droit exclusif sur l'usage de leur marque en tant que titre d'une page de réseau social (ou URL post nom de domaine) ; en revanche, tel n'est pas le cas lorsque le titre de la page comporte une adjonction – ou une indication précisant que la page n'est pas « officielle » – en sus de la marque[966].

614. Lorsque le droit des marques ne permet pas de protéger les titulaires, ces derniers pourront toutefois se tourner vers des outils proposés par les opérateurs de réseaux sociaux pour se démarquer des pages « non officielles »[967].

e. Dénigrement

615. Les réseaux sociaux comportent également des pages créées par des détracteurs[968]. Différents moyens juridiques sont à disposition des titulaires de

---

965 TF du 21 janvier 2005, 4C.376/2004, JdT 2005 I 429.

966 Cette solution rejoint la pratique dans le cadre du UDRP, en particulier la condition de l'intérêt légitime prévu à l'art. 4 (a) (ii) UDRP. Lorsqu'un site Internet d'un fan est effectivement utilisé dans un but non-commercial sans que l'administrateur du site concerné ne se présente comme le titulaire de la marque et lorsque le nom de domaine n'est pas identique à la marque mais comporte une adjonction (voir WIPO Overview 2.0, N 2.5 et les références citées). Cependant, certains panels ont interprété la notion du caractère non-commercial de manière plus souple que celle retenue en droit suisse : celui-ci a été retenu même dans des cas où le site Internet en question comportait des bannières publicitaires qui généraient un revenu (i) lorsque ce dernier était minime ou accessoire ou (ii) lorsque ce revenu est lié avec l'objet du site Internet (voir notamment les affaires n° D2006-0551, *Chivas c. Carbajal*, et n° D2004-0001, White *Castle Way c. Jacobs* ; voir également WIPO Overview 2.0, par. 2.5).

967 Voir notamment www.facebook.com/help/269614913183739/ ; voir également KELLER (2013), p. 509 ss.

968 Voir par exemple www.facebook.com/AppleComputersSuck.

marque pour se protéger contre de telles utilisations[969]. Dans le cadre de ce chapitre, cette situation sera analysée sous l'angle de l'art. 15 LPM[970].

616. Les marques de haute renommée jouissent d'une protection plus étendue en vertu de l'art. 15 LPM[971]. En effet, le titulaire d'une marque de haute renommée peut interdire à des tiers l'usage de cette marque pour tous les produits ou les services, notamment pour toute utilisation qui lui porte atteinte (*e.g.* en la dénigrant)[972].

617. Le titulaire d'une marque de haute renommée peut ainsi invoquer l'art. 15 LPM pour empêcher une utilisation dénigrante de sa marque dans un nom d'utilisateur, dans l'URL post nom de domaine ou dans le contenu d'une page d'un réseau social. Cependant, le droit des marques peut être limité par le droit constitutionnel de la liberté d'opinion (art. 16 al. 2 Cst.)[973]. En tant que les tribunaux suisses n'ont encore jamais procédé à une pesée des intérêts entre le droit des marques (droit constitutionnel de propriété) et la liberté d'opinion[974], une proposition de délimitation sera proposée ci-dessous.

618. La doctrine a relevé que les critères d'application de l'art. 15 LPM relèvent des règles de la concurrence déloyale[975]. Aussi, il paraît opportun d'interpréter les comportements réprimés par cette disposition au travers du prisme de la LCD.

---

969 *I.e.* le droit de la concurrence déloyale et le droit de la personnalité qui, outre les marques de haute renommée, sont également susceptibles de protéger d'autres signes (GILLIERON (2011), N 48).

970 Les articles 13 et 3 LPM sont également susceptibles de s'appliquer aux cas de dénigrement. A ce titre, il est renvoyé à la discussion *supra*, N 599 ss.

971 Sur la notion de la marque de haute renommée et sur l'étendue de leur protection, voir *supra*, N 571 ss.

972 GILLIERON (2011), N 48.

973 Voir DE WERRA (2008), p. 19, qui souhaite que la liberté d'opinion et d'expression soit prise en compte par les tribunaux, et DE WERRA (2012), p. 57 s., pour une analyse comparative de la liberté d'expression en tant que limite aux droits exclusifs de la marque dans le domaine artistique ; voir également l'article de FHIMA pour une perspective européenne sur cette question avec une comparaison avec le droit américain.

974 Voir cependant un arrêt du Tribunal cantonal de Bâle-Ville (TC Bâle-Ville du 13 novembre 2009, sic! 2010 p. 375) qui applique l'art. 3 al. 1 *lit.* a LCD à un cas opposant une marque (« Davidoff Swiss Indoors » (fig.)) à un signe la détournant (« Davideath Swiss Indoors ») dans un logo et un nom de domaine (davideathswissindoors.ch). En l'espèce, le Tribunal a tranché en faveur de la liberté d'expression.

975 Voir notamment SHK MSchG-THOUVENIN, art. 15 N 2.

D'une manière générale, la LCD vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée (art. 1 LCD). Au sujet du dénigrement (art. 3 al. 1 *lit.* a LCD), le Conseil fédéral a précisé que toute personne – et non exclusivement un concurrent – peut porter atteinte à une entreprise[976]. Cependant, la notion de dénigrement doit être interprétée de manière restrictive : « [c]e qui est décisif, c'est le fait de savoir si les allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes entravent de manière inadmissible la position commerciale de celui qui est attaqué ou les relations de concurrence »[977]. Le Tribunal fédéral a confirmé ceci : « [n]'importe quelle déclaration négative ne suffit pas. La loi s'applique à celui selon lequel le produit mis sur le marché est sans valeur, d'un prix excessif, inutilisable ou entaché de défaut, voire nuisible. On est dans un domaine proche de la diffamation qui vise à dénigrer une personne »[978]. Par ailleurs, lors de l'application de l'art. 3 al. 1 *lit.* a LCD, les droits fondamentaux (notamment la liberté d'expression) doivent être pris en compte dans une pesée des intérêts[979]. Ainsi, la CEDH a condamné la Suisse pour avoir retenu le dénigrement effectué par un journaliste à l'égard d'un producteur de micro-onde au détriment de la liberté d'expression[980].

619. Les enseignements relatifs à la notion de dénigrement sont multiples : (i) il peut émaner d'un concurrent mais également de toute autre personne ou organisation, (ii) il doit être retenu de manière restrictive, qui plus est lorsque le discours n'est pas commercial mais, par exemple, journalistique ou privé, et

---

976 Message LCD 1983, p. 1094.

977 Message LCD 1983, p. 1094. Les tribunaux ont eu l'occasion de se pencher sur la question du dénigrement, au sens de l'art. 3 al. 1 *lit.* a LCD, à plusieurs reprises et se sont montrés sévères envers les demandeurs lorsque les défendeurs n'étaient pas des concurrents (souvent des journalistes) ; voir à ce propos MARTENET/HEINEMANN, p. 223 s. et SHK UWG-SPITZ, art. 3 I a N 40 ss ; plus ancien, mais qui donne un aperçu de la jurisprudence fédérale et cantonale : EBERHARD, p. 23 ss.

978 ATF 122 IV 33, JdT 1998 IV 27.

979 Voir notamment, SHK UWG-SPITZ, art. 3 I a N 51.

980 CEDH du 25 août 1998, Rec. 1998-VI. La CEDH a notamment relevé que le discours négatif du journaliste ne s'inscrivait pas uniquement dans le cadre d'un discours commercial mais, de manière plus large, dans un débat sur la santé publique.

(iii) une pesée des intérêts, notamment avec la liberté d'expression, doit être effectuée.

620. Appliqués aux réseaux sociaux, il faudra se montrer particulièrement exigeant envers les titulaires de droit des marques lorsque le dénigrement est l'œuvre d'un utilisateur exprimant une opinion personnelle qui n'a pas vocation à affecter les intérêts commerciaux du titulaire[981]. Cependant, les utilisateurs ne sont pas totalement immunisés pour tous leurs actes, en particulier lorsqu'ils font preuve d'un acharnement abusif ou allèguent des faits inexacts ou fallacieux.

C. Hashtag

621. Les *hashtags* – bien que ne consistant en apparence qu'en un type de contenu spécialement formaté – sont de plus en plus utilisés comme outil publicitaire par les entreprises[982]. Ils ont par ailleurs une fonction agrégative en ce qu'ils sont utilisés par les réseaux sociaux comme outils statistiques pour suivre et afficher les tendances (*trends*) des contenus publiés et qu'ils influencent les résultats des recherches qui y sont effectuées.

622. L'utilisation de *hashtags* (*e.g.* dans un *tweet*) est en principe gratuit. Cependant, une option payante, notamment proposée par Twitter, permet d'apparaître plus haut dans la liste des résultats d'une recherche liée à un *hashtag*[983]. Une mention indique que ces *tweets* qui utilisent des *hashtags* payants sont

---

981 A ce titre, une analogie avec l'intérêt légitime posé à l'art. 4 (a) (ii) UDRP peut être effectuée (voir notamment l'affaire n° D2000-0477, walmartsucks.com). La pratique n'est cependant pas uniforme : certains panels ont considéré qu'un intérêt légitime (*i.e.* la liberté d'expression) justifie l'usage dénigrant de la marque lorsque le site Internet est effectivement utilisé dans un but non commercial, alors que d'autres panels ont rendu des décisions contraires dans des cas similaires. Ces différences peuvent être expliquées notamment en raison de l'application de principes américains lorsque toutes les parties étaient américaines ou lorsque les Etats-Unis ont été choisis comme juridiction compétente. Pour une discussion plus détaillée, voir WIPO Overview 2.0, N 2.4 et les références citées ; CHRISTIE, p. 36 s. ; THOMAS, p. 29 ss.

982 Voir notamment RITCHIE.

983 Voir les *Twitter Promoted Tweets* : https://support.twitter.com/articles/142101-what-are-promoted-tweets.

sponsorisés. Par exemple, Hewlett Packard avait payé pour influencer les résultats de la recherche liée au *hashtag* « #apple » ce qui avait eu pour conséquence d'afficher les tweets publiés depuis le compte de Hewlett Packard en haut du classement des résultats lorsque le terme « apple » était recherché sur Twitter[984].

623. Dans la mesure où, du point de vue pratique, les *hashtags* sont similaires aux *meta-tags* – lorsqu'ils sont utilisés gratuitement[985] – et qu'ils constituent une forme spéciale de *keyword advertising* – lorsqu'ils font l'objet d'un paiement[986] – ce chapitre exposera brièvement la situation juridique des *meta-tags* et du *keyword advertising* (1) avant de discuter les règles à appliquer en matière de *hashtags* (2).

1. Situation juridique des meta-tags et du keyword advertising

i. Meta-tag

624. En application de l'« *initial interest confusion doctrine* » développée par les tribunaux américains, la jurisprudence américaine, allemande et française a admis que l'utilisation frauduleuse d'une marque en tant que meta-tag viole le droit des marques[987]. Ce principe considère que le risque de confusion peut intervenir avant le moment où le consommateur achète un bien ou un service[988]. Aussi, le fait que la marque n'apparaisse pas à l'écran n'est pas jugé pertinent, le critère déterminant étant que l'utilisation d'une marque comme *meta-tag* exploite la réputation (« *goodwill* ») de la marque[989].

625. En droit suisse, aucun arrêt n'a réglé cette question[990]. La doctrine est sceptique à l'idée d'étendre la protection des marques à ce cas dans la mesure

---

984 Voir RITCHIE.

985 *Supra*, N 621.

986 *Supra*, N 622.

987 GILLIERON (2009 II), p. 6, et les références citées.

988 ALBERINI/GUILLET , p. 310 s. ; GILLIERON (2009 II), p. 6.

989 GILLIERON (2009 II), p. 6.

990 Un tribunal du canton d'Argovie a été saisi d'une affaire impliquant l'utilisation d'une marque en tant que *meta-tag*, mais a tranché en application du principe d'épuisement sans se prononcer sur la

où les *meta-tags* sont cachés et que, partant, la fonction distinctive de la marque n'est pas atteinte[991]. En revanche, ce comportement est susceptible de constituer un cas de concurrence déloyale, aux conditions de l'art. 3 *lit*. b ou d LCD[992]. Par ailleurs, lorsque la marque utilisée dans un *meta-tag* est de haute renommée, l'exploitation de sa réputation tombe sous le coup de l'art. 15 LPM[993].

ii. Keyword advertising

626. Aux Etats-Unis, l'utilisation d'une marque en tant que mot-clé dans le cadre de liens sponsorisés dans des moteurs de recherche constitue une violation du droit des marques[994]. Ceci découle de l'« *initial interest confusion doctrine* » qui s'applique même si le mot-clé n'apparaît pas dans le lien sponsorisé.

627. La CJUE a développé des critères permettant de déterminer dans quels cas l'utilisation d'une marque comme mot-clé porte atteinte au droit du titulaire de cette marque eu égard à la fonction de la marque[995]. Ainsi, les fonctions d'identification d'origine et d'investissement de la marque sont susceptibles d'être violées, à l'exclusion de la fonction de publicité ; ceci alors même que la marque du concurrent n'apparaît pas dans l'annonce[996].

---

question des *meta-tags* (Handelsgericht Aargau du 10 avril 2001, sic! 2001 p. 532 ; voir également RIVARA, p. 1551).

991 BÜHLER G. , p. 54 s. et les références citées en note 28 (qui critique toutefois l'avis de la doctrine majoritaire en s'appuyant sur la jurisprudence allemande, p. 55 ss) ; CHERPILLOD (2007), p. 261 ; GILLIERON (2009 II), p. 6 ; SHK MSchG-THOUVENIN/DORIGO, art. 13 N 46.

992 BÜHLER G. , p. 61 ; CHERPILLOD (2007), p. 262.

993 CHERPILLOD (2007), p. 262.

994 *Playboy Enterprises v. Netscape Communications*, 354 F.3d 1020 (9th Cir. 2004) ; voir également GILLIERON (2009 II), p. 7, et les références citées en note 36.

995 Voir notamment *Google France c. Louis Vuitton Malletier* (2010), affaires jointes C-236/08 à C-238/08 ; *Interflora c. Marks & Spencer* (2012), C323/09.

996 *Interflora c. Marks & Spencer* (2012), C323/09. Le dispositif de ce jugement indique ainsi que « le titulaire d'une marque est habilité à interdire à un concurrent de faire, à partir d'un mot clé identique à cette marque que ce concurrent a, sans le consentement dudit titulaire, sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, de la publicité pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée, lorsque cet usage est susceptible de porter atteinte à l'une des fonctions de la marque. Un tel usage :

– porte atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque lorsque la publicité affichée à partir dudit mot clé ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute

628. En Suisse, un arrêt du Tribunal supérieur du canton de Thurgovie traite de la question des liens sponsorisés[997]. Celui-ci rejette l'application de l'art. 3 LPM et de l'art. 3 *lit*. d LCD en concluant qu'aucun risque de confusion n'existe dans ce cadre du fait que les utilisateurs d'un moteur de recherche ne rattachent pas le mot-clé du lien sponsorisé à une entreprise. Par ailleurs, lorsque le mot-clé n'apparaît pas dans l'annonce, le Tribunal conclut que l'art. 2 LCD n'est pas violé parce que ce type d'utilisation n'a pas vocation à exploiter la réputation d'une entreprise.

629. Cet arrêt thurgovien est critiquable. Lorsque la marque apparaît dans le lien sponsorisé et dirige l'utilisateur du moteur de recherche vers un site où des produits ou des services similaires sont proposés, il faut retenir une violation de l'art. 13 al. 2 *lit*. e LPM ; ce cas étant similaire à celui de l'utilisation d'une marque dans un nom de domaine[998]. Lorsque la marque n'apparaît pas, l'art. 13 LPM n'est pas applicable[999], mais le titulaire de la marque pourra faire valoir une violation de la LCD[1000]. Dans les deux cas précités, l'art. 15 LPM est susceptible de s'appliquer dans la mesure où il en résulte une exploitation de la réputation d'une marque de haute renommée[1001].

---

normalement informé et raisonnablement attentif de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers ;

– ne porte pas atteinte, dans le cadre d'un service de référencement ayant les caractéristiques de celui en cause au principal, à la fonction de publicité de la marque, et

– porte atteinte à la fonction d'investissement de la marque s'il gêne de manière substantielle l'emploi, par ledit titulaire, de sa marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs ».

Il est à noter que l'affaire a depuis été jugée par la Cour anglaise qui avait soumis certaines questions à la CJUE (*Interflora, Inc. v Marks and Spencer Plc* [2013] EWHC 1291 (Ch) du 21 mai 2013). Celle-ci a considéré que dans le cas d'espèce, la fonction d'indication d'origine de la marque INTERFLORA était atteinte, mais que les fonctions publicitaires et d'investissement ne l'étaient pas.

997 Obergericht Thurgau du 7 septembre 2011, sic! 2012 p. 387.

998 CHERPILLOD (2007), p. 263.

999 CRPI/LPM-GILLIÉRON, art. 13 N 28 ; MARBACH (2009), N 1524 ; SHK MSchG-THOUVENIN/DORIGO, N 127.

1000 CHERPILLOD (2007), p. 264 ; HÜRLIMANN, p. 138 ss ; SHK MSchG-THOUVENIN/DORIGO, art. 13 N 49.

1001 CHERPILLOD (2007), p. 264 ; HÜRLIMANN, p. 141.

2. Application par analogie aux hashtags ?

630. Il faut distinguer deux cas d'utilisation d'une marque dans un *hashtag* : lorsqu'il est utilisé librement (*i*) et lorsqu'il est utilisé contre paiement dans le but d'influencer les résultats d'une recherche (*ii*).

i. Utilisation libre

631. L'utilisation libre des *hashtags*, de loin la plus courante, peut être assimilée à celle des *meta-tags* : leur usage est gratuit et sert l'un de ces objectifs, soit un référencement plus efficace (d'un tweet pour les *hashtags* et d'une page Internet pour les *meta-tags*).

632. Une différence notable est que le *hashtag* est toujours visible de l'utilisateur. En guise de rappel, la doctrine suisse exclut la protection des *meta-tags* par le droit des marques du fait qu'étant invisible, la fonction distinctive de la marque n'est pas touchée[1002]. Ainsi, l'utilisation d'une marque dans un *hashtag* – qui est toujours visible – peut-elle être considérée comme un usage au sens de l'art. 13 LPM[1003] ?

633. Cette question ne peut pas être tranchée de manière absolue. Le droit exclusif d'usage de la marque implique qu'elle soit utilisée « dans les affaires »[1004]. Cette condition est remplie lorsque l'usage de la marque est effectué à titre commercial et en tant que signe distinctif[1005]. Il sera nécessaire d'établir, dans chaque cas d'espèce, si cette condition est remplie. Dans l'hypothèse où un *tweet* ne sert pas à faire la publicité d'un produit ou d'un service ou n'inclut pas un lien vers un site Internet qui propose à la vente des produits ou des services, un usage selon l'art. 13 LPM doit être exclu. Doit être réservé l'art. 15 LPM qui prévoit une protection plus étendue aux marques de haute renommée. Ainsi, seront interdits les *tweets* qui ont pour conséquence de

---

1002 *Supra*, N 622.

1003 Pour un développement de cette condition, voir *supra*, N 538 ss.

1004 Art. 13 al. 2 *lit.* e LPM.

1005 Voir *supra*, N 541 ss et, respectivement, 550 ss.

menacer le caractère distinctif de la marque, d'exploiter sa réputation ou de lui porter atteinte[1006].

ii. Utilisation payante

634. La situation est différente lorsqu'un annonceur paye l'opérateur du réseau social pour privilégier ses publications dans la liste de résultats liée à un *hashtag* (qui par hypothèse serait composé de la marque d'un concurrent). Dans cette hypothèse, la situation est similaire au modèle du « *keyword advertising* » dont le lien sponsorisé fait apparaître la marque[1007]. À ce titre, l'art. 13 al. 2 *lit*. e LPM doit s'appliquer.

635. Par ailleurs, à l'instar des utilisations libres[1008], l'art. 15 LPM s'applique lorsque le *hashtag* d'un *tweet* fait usage d'une marque de haute renommée et que le contenu de celui-ci consiste à menacer le caractère distinctif de la marque, en exploiter la réputation ou lui porter atteinte.

D. Mécanisme privé de résolution des litiges

636. Certains opérateurs ont mis en place des mécanismes de résolution des litiges destinés à protéger les droits de leurs utilisateurs (ainsi que d'autres ayant-droits), au-delà de la procédure de « *notice and takedown* » institué par le DMCA pour les droits d'auteur[1009].

1006 Voir *supra*, N 571 ss, pour une présentation détaillée de l'art. 15 LPM, et plus particulièrement N 615 ss concernant le dénigrement.

1007 Voir *supra*, N 629 (première hypothèse).

1008 Voir *supra*, N 633 ss.

1009 Cette loi a notamment pour but de limiter la responsabilité des opérateurs d'Internet pour la violation des droits d'auteur commis par leurs clients. Pour ce faire, les opérateurs doivent avoir : (1) adopté, implémenté et informé leurs utilisateurs sur un règlement prévoyant que les violations de droits d'auteurs commises par ceux-ci de manière répétée conduiraient à la résiliation de leur compte utilisateur (art. 17 U.S.C. § 512 (i) (1) (A)) ; (2) adopté des normes techniques permettant aux titulaires de droits d'auteur d'identifier et de protéger leurs œuvres (art. 17 U.S.C. § 512 (i) (1) (B) ; LEMLEY/MENELL/MERGES/SAMUELSON/CARVER, p. 547) ; et (3) nommé un agent – enregistré auprès de l'office du droit d'auteur américain (*Copyright Office*) – chargé de recevoir et de traiter les notifications de violations (art. 17 U.S.C. § 512 (c) (2) ; LEMLEY/MENELL/MERGES/SAMUELSON/CARVER, p. 547).

637. Facebook et Twitter constituent de bons exemples en tant qu'ils offrent des mécanismes relatifs à une palette importante de droits. Les utilisateurs peuvent ainsi notifier les comportements d'autres utilisateurs qui violent leur droit de la personnalité[1010], leur droit d'auteur ou leur droit des marques.

638. Dans ce chapitre, une attention particulière sera portée aux systèmes mis en place pour la protection des marques[1011] sur les plateformes de ces opérateurs, d'abord concernant Facebook (1) et ensuite Twitter (2).

1. Facebook

639. Facebook met à disposition de ses utilisateurs et de tiers, un formulaire[1012] qui permet de notifier les violations de marques commises sur sa plateforme. De plus, un règlement, sous forme de questions-réponses, est publié sur le site Internet[1013]. Concrètement, lorsqu'un titulaire de marque prend connaissance d'une violation intervenant sur Facebook (*e.g.* dans le contenu d'une page ou un nom d'utilisateur), il peut la notifier, par le biais du formulaire, à l'opérateur qui prendra une décision quant à la suppression du contenu ou du compte-utilisateur litigieux[1014].

Pour une présentation plus détaillée du DMCA, voir LEMLEY/MENELL/MERGES/SAMUELSON/CARVER, p. 547 ss et WERRO/SONNEY, p. 123 s. Pour un aperçu des critiques de ce système, voir notamment REICHMAN/DINWOODIE/SAMUELSON, p. 1032 ss et MOSTERT/SCHWIMMER, p. 259 s.

1010 Notamment les droits qui touchent à la sphère privée, aux données privées, à leur identité ou encore au harcèlement (Twitter : http://support.twitter.com/groups/56-policies-violations/topics/ 238-report-a-violation/articles/15789-how-to-report-violations ; Facebook : https://www.facebook .com/help/)

1011 Le mécanisme de « *notice and takedown* » du droit d'auteur américain est présenté dans le chapitre relatif à la responsabilité des opérateurs (*infra*, N 814 ss) et il a été implémenté de manière comparable dans les divers univers virtuels. En outre, la protection des droits de la personnalité des utilisateurs (ainsi que les autres droits susceptibles d'être protégés dans les univers virtuels) ne feront pas l'objet de discussions spécifiques dans la mesure où ils ne concernent pas directement le sujet de ce travail.

1012 https://www.facebook.com/help/contact/208282075858952. Ce formulaire ce fonde sur l'art. 5.3 Facebook ToS.

1013 https://www.facebook.com/help/440684869305015/. Ce règlement précise les art. 5.1 à 5.5 Facebook ToS.

1014 Pour plus d'informations sur cette procédure, voir CURTIN, p. 357 ss.

640. Les fondements juridiques des décisions de Facebook – et le droit matériel appliqué – en matière de violation de droit des marques ne sont pas clairement exprimés dans le règlement ou dans les Facebook ToS. Il semble cependant prudent d'admettre que cette société se limitera à trancher les cas clairs, sans pour autant se limiter à la protection des marques de haute-renommée[1015]. Elle conseille d'ailleurs aux titulaires de droit de contacter directement l'utilisateur qui viole son droit avant de notifier Facebook[1016].

641. Lorsque Facebook tranche en faveur du titulaire de droit (en admettant la violation d'une marque), il sanctionne ce comportement en rendant inaccessible le contenu litigieux[1017]. Une procédure d'« appel » est prévue dans les cas où l'utilisateur s'oppose à cette décision[1018], celle-ci ne faisant pas l'objet de plus d'explication. En outre, dans les cas où un utilisateur viole les droits de tiers de façon répétée[1019], son compte sera résilié par Facebook[1020].

642. Il est important de noter que, contrairement au système mis en place par Twitter[1021], toutes marques peuvent être invoquées dans ce formulaire, qu'elles soient américaines, étrangères, internationales ou encore non-enregistrées (fondées sur le *common law*).

643. Malgré les incertitudes et le manque de transparence de cette procédure, celle-ci a le mérite d'exister. Dans des cas de moindre importance ou lorsque

---

1015 En effet, le formulaire de notification d'une violation de marque requiert d'indiquer les produits et/ou services pour lesquels la marque est protégée. On peut ainsi en déduire que Facebook fera une analyse du risque de confusion à l'aune de cette information et des signes en question. De plus, le préambule du formulaire donne quelques informations sur le droit des marques (notamment concernant le risque de confusion) sans indiquer la valeur de celles-ci ; en version originale : « *[g]enerally, trademark law seeks to prevent confusion among consumers about the source of products or services. The owner of a trademark may be able to prevent others from using its trademark (or a similar trademark) in a manner that would confuse people into thinking either that there is a relationship between the trademark owner and the unauthorized user or that the trademark owner endorses the unauthorized user's products or services* ».

1016 https://www.facebook.com/help/440684869305015/.

1017 Art. 5.2 Facebook ToS.

1018 Art. 5.4 Facebook ToS.

1019 Cette notion n'est pas définie et reste floue : quel est le seuil à ne pas franchir ?

1020 Art. 5.5 Facebook ToS.

1021 *Infra*, N 646.

l'utilisateur qui viole un droit de marque est inconnu, cette option peut s'avérer avantageuse pour les titulaires de droit.

2. Twitter

644. Les conditions générales de Twitter renvoient à un règlement concernant la violation des droits de marque sur cette plateforme[1022]. À l'instar de Facebook, un formulaire de notification des violations est mis à disposition des utilisateurs et autres titulaires de droit des marques[1023].

645. Ce règlement est plus clair que celui de Facebook, mais la protection conférée aux titulaires de marque est plus limitée que celle offerte par le droit (notamment suisse) des marques, pour les trois raisons suivantes.

646. En premier lieu, Twitter définit ce qui sera considéré comme une violation de marque, *i.e.* l'utilisation du nom d'une entreprise, de son logo ou d'un autre bien immatériel protégé par le droit des marques d'une manière telle qu'il en résulte, pour les tiers, un risque de confusion en relation avec la marque de cette entreprise ou fait apparaître une affiliation avec cette dernière[1024]. Il n'est pas clairement exprimé qu'une entreprise doit être titulaire de cet « autre bien immatériel » ou si une personne physique peut également revendiquer ce droit. Cependant, il ressort de la deuxième partie de cette définition que la violation doit effectivement être liée à une entreprise[1025]. En droit suisse, toute personne peut déposer une marque et ainsi en devenir titulaire et jouir de la protection conférée par la LPM[1026]. Il en résulte une première limite quant à la qualité pour agir dans le cadre de la procédure mise en place par Twitter.

1022 http://support.twitter.com/groups/56-policies-violations/topics/236-twitter-rules-policies/articles /18367-trademark-policy; concernant les hypothèses de violation, voir *supra*, N 639.

1023 https://support.twitter.com/forms/trademark.

1024 « *Using a company or business name, logo, or other trademark-protected materials in a manner that may mislead or confuse others with regard to its brand or business affiliation may be considered a trademark policy violation* ».

1025 Dans la version anglaise (*supra*, note 1024), « *with regard to its brand or business affiliation* », cette condition apparaît clairement.

1026 Art. 28 al. 1 LPM; *supra*, N 471.

647. En deuxième lieu, le règlement de Twitter et le formulaire de notification des violations de marques indiquent que seules les marques américaines ou internationales bénéficient de cette procédure. Ceci exclut ainsi les demandes des titulaires de marques étrangères et limite le champ d'application de celles-ci. Une tentative d'explication peut se fonder sur le fait que, Twitter étant une société américaine, elle a décidé de se limiter au droit des marques qui lui est le plus familier afin de limiter les coûts afférents à son département juridique. Cependant, il est regrettable qu'une société qui propose ses services dans le monde entier limite de telle façon la portée de sa procédure, qui plus est lorsque la preuve de l'enregistrement d'une marque étrangère est facilement vérifiable.

648. En troisième lieu, Twitter limite la portée matérielle du droit des marques qu'elle entend protéger. En effet, le règlement définit ce qui n'est pas considéré, par Twitter, comme une violation, *i.e.* l'utilisation de la marque d'autrui en relation avec des biens ou des services qui ne sont pas revendiqués dans l'enregistrement de la marque en question[1027]. Ceci a pour conséquence d'exclure les moyens spécifiques à disposition des titulaires de marques de haute renommée.

649. Cet effort de protection des marques volontaire de la part de Twitter est le bienvenu et peut s'avérer utile dans les cas où la procédure mise en place est applicable. Toutefois, les limites posées (dont la justification économique supposée est douteuse) sont gênantes dans la mesure où elles modifient un standard de protection reconnu et mis en œuvre à l'échelle internationale.

[1027] « *Using another's trademark in a way that has nothing to do with the product or service for which the trademark was granted is not a violation of Twitter's trademark policy* ».

Chapitre 3: Responsabilité de l'opérateur

650. Dans la mesure où, en Suisse, la responsabilité extra-contractuelle des opérateurs est soumise aux mêmes règles suivant que l'on se trouve en présence de violations du droit des marques ou du droit d'auteur, celle-ci sera examinée ci-après[1028], à la lumière des droits américain et de l'Union européenne. En effet, les éclairages apportés par le droit américain ne concernent que la responsabilité civile des opérateurs consécutive à la violation d'un droit d'auteur par un utilisateur[1029].

[1028] *Infra*, N 811 ss.

[1029] Voir toutefois l'article de MOSTERT/SCHWIMMER qui propose d'étendre les règles de responsabilité applicables en matière de droit d'auteur (selon le DMCA) au droit des marques.

Chapitre 4: Synthèse de la troisième partie

651. La protection des marques traditionnelles contre une utilisation indue dans un monde virtuel est peu étendue en raison du fait qu'une mise en œuvre efficace des articles 3 et 13 LPM est improbable. Il y a tout lieu de penser que les biens virtuels de « contrefaçon » et les produits réels ne sont pas similaires (ou, tout au plus, seraient considérés comme étant peu similaires)[1030], ce qui conduit logiquement à exclure un risque de confusion, condition centrale à la reconnaissance d'une violation du droit des marques.

652. Le meilleur moyen de protection à la disposition des titulaires de droit consiste alors à étendre la protection de leur marque traditionnelle aux biens virtuels analogues. Pour qu'une telle extension soit efficace, le titulaire devra respecter l'obligation d'usage qui doit s'effectuer dans un univers virtuel, l'usage du signe en relation avec un produit réel ne suffisant pas à maintenir le droit sur la « partie virtuelle » de la marque[1031].

653. Une conclusion semblable s'impose eu égard à la protection des marques virtuelles. Par ailleurs, ces marques virtuelles doivent être admises à l'enregistrement : en classe 9, lorsqu'elles désignent un bien virtuel, et dans la classe correspondante, lorsqu'elle désigne un service[1032].

654. Dans le cadre des réseaux sociaux – en particulier les questions relatives aux noms d'utilisateur, aux URL post nom de domaine et aux hashtags – l'analyse est plus aisée dans la mesure où les développements importants de la jurisprudence et de la doctrine en relation avec la violation des marques dans les noms de domaine, les *meta-tags* et le *keyword advertising* offrent des outils adaptés pour conduire une réflexion par analogie.

1030 Voir *supra*, N 560 ss.

1031 Voir *supra*, N 509 ss.

1032 Voir *supra*, N 473 ss.

655. En ce qui concerne les noms d'utilisateurs et les URL post nom de domaine, le critère décisif est l'usage commercial, lequel doit être admis lorsque l'usage est effectué à titre publicitaire[1033]. Si cette condition est remplie, la fonction d'identification (qui se détermine selon les critères applicables aux noms de domaine[1034]) et le risque de confusion (qui s'analyse eu égard au contenu de la page en question[1035]) doivent encore être présents pour entraîner une violation de la marque. C'est ainsi que le cas particulier des pages de fans tombera rarement dans le champ d'application de la LPM[1036]. En outre, le dénigrement d'une marque dans les réseaux sociaux (dont le raisonnement est applicable par analogie aux mondes virtuels) est susceptible d'être interdit en vertu de la protection offerte aux marques de haute renommée (art. 15 LPM). Il a cependant été conclu dans ce cadre que la pesée des intérêts entre le droit des marques, d'une part, et la liberté d'expression, d'autre part, conduira le juge à se montrer prudent et ne pas accorder une protection trop généreuse au titulaire de droit sur une marque[1037].

656. Relativement aux *hashtags*, une distinction est faite entre les utilisations libres et les utilisations payantes. Dans le premier cas, se pose la condition de l'usage dans les affaires (de manière semblable aux noms d'utilisateur et URL post nom de domaine). Dans la seconde hypothèse, l'usage dans les affaires est supposé[1038]. Il s'agit ensuite, pour fonder une violation, d'appliquer les autres conditions relatives à la violation des marques telles que développées dans le contexte des *meta-tags* et du *keyword advertising*.

657. Par ailleurs, des mécanismes privés de protection des marques ont été mis en place par certains opérateurs. Les cas de Facebook et Twitter ont été

1033 *Supra*, N 604.

1034 *Supra*, N 603.

1035 *Supra*, N 607 ss.

1036 *Supra*, N 612.

1037 *Supra*, N 619 s.

1038 *Supra*, N 634.

analysés[1039]. Bien que ces systèmes aient des carences, ils peuvent s'avérer utiles et moins onéreux que des procédures ordinaires.

[1039] *Supra*, N 639 ss respectivement N 644 ss.

Quatrième partie

—

Droit d’auteur

658. Outre le cas spécifique des MMORPGs, le modèle économique des univers virtuels repose principalement sur la valeur créée par les utilisateurs, notamment de par le contenu généré par ceux-ci[1040]. Ce contenu[1041] peut revêtir une certaine créativité et c'est ainsi naturellement que la question de sa protection doit être posée au regard du droit d'auteur.

659. Ce droit de propriété intellectuelle a pour objet la protection des œuvres créatrices et individuelles appartenant au domaine de l'art ou de la littérature[1042]. En protégeant les œuvres créées par des auteurs, ces derniers sont les principaux bénéficiaires de la loi[1043] ; l'objectif ultime étant de favoriser ainsi la création pour que le public en général en retire un bénéfice[1044]. À ce titre, il est intéressant de se pencher sur la protection offerte par le droit d'auteur dans les univers virtuels dans la mesure où l'application de celui-ci pourrait potentiellement le conduire à l'encontre de son but. En effet, les univers virtuels sont principalement alimentés par leurs utilisateurs, favorisant la créativité de chacun d'entre eux. Il est d'ailleurs soutenu par d'éminents auteurs que jamais le monde n'avait connu un tel

---

1040 Voir notamment LASTOWKA (2008), p. 901 ss.

1041 La notion de contenu généré par les utilisateurs est définie *supra*, N 41 ss.

1042 Art. 2 al. 1 LDA ; *infra*, N 666 ss.

1043 BARRELET/EGLOFF, art. 1 N 4. Au surplus des œuvres en tant que telles, la loi vise également à protéger les droits voisins, soit ceux des interprètes (art. 33 et 33a LDA), des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes (art. 36 LDA), des organismes de diffusion (art. 37 LDA).

1044 DESSEMONTET (1999), N 18 ss ; pour une présentation historique de la relation entre droit d'auteur (*copyright*) et créativité, voir également LASTOWKA (2010), p. 170 ss.

élan de créativité, les consommateurs de contenu se muant en créateurs[1045]. Dans ce contexte, le droit d'auteur est-il adapté à cette nouvelle conjoncture ? En d'autres termes, la protection des œuvres par la LDA est-elle un frein à cette créativité ou est-elle armée, de par la protection potentielle de cette nouvelle forme de création, pour atteindre ses buts dans ce nouveau contexte ?

660. Après avoir présenté quelques généralités relatives au droit d'auteur (Chapitre 1), cette partie traitera de la notion d'œuvre en la confrontant notamment aux divers types de contenu généré par les utilisateurs (Chapitre 2). Ensuite seront analysées les conditions de la protection de ces œuvres dans l'environnement des univers virtuels, notamment en étudiant les droits exclusifs (patrimoniaux et moraux) à disposition de l'auteur et leur restriction par les exceptions au droit d'auteur prévues par la loi (Chapitre 3). Enfin, sera examinée la responsabilité civile et pénale des opérateurs pour la violation de droits d'auteur commise par des utilisateurs de leur plateforme (Chapitre 4).

[1045] Sur cette question, voir notamment FAIRFIELD (2008), p. 53 et LEMLEY, p. 10 s.

Chapitre 1: Généralités

661. Contrairement au droit des marques[1046], le droit d'auteur ne requiert pas que l'objet de la protection – l'œuvre – ait un but précis (art. 2 LDA). Cette disposition précise en effet qu'une œuvre sera protégée « quelles qu'en soient la valeur ou la destination ». La protection accordée paraît ainsi plus large[1047] que dans le cadre de la protection des signes distinctifs qui exige, pour obtenir un droit exclusif, qu'un signe soit utilisé en relation avec des produits ou des services, lequel sera protégé uniquement contre une utilisation d'un signe similaire utilisé en relation avec des produits ou services similaires lorsqu'il en résulte un risque de confusion[1048].

662. En revanche, l'objet de la protection du droit d'auteur doit répondre à certaines conditions, alors que les signes protégés par le droit des marques doivent simplement être suffisamment différents d'un signe enregistré préalablement pour des produits ou services identiques ou similaires[1049] et ne pas être exclus de la protection par un motif absolu[1050].

663. Il doit être noté également que le cumul de protection des droits de propriété intellectuelle est possible[1051]. Ainsi, un signe utilisé en relation avec des biens virtuels ou des services offerts dans un univers virtuel pourrait prétendre à la protection offerte par le droit des marques et, par ailleurs, par le droit d'auteur. À titre d'exemple, le lecteur peut se référer aux deux affaires américaines dans lesquelles Eros LLC[1052] respectivement Eros LLC *et al.*[1053] ont déposé une plainte visant à faire reconnaître une violation de droits d'auteur et de droits des marques par des utilisateurs de Second Life

---

1046 *Supra*, N 651 ss.

1047 Voir notamment SHK URG-DAVID, Einführung N 32.

1048 *Supra*, N 535 ss.

1049 *Supra*, N 464 ss.

1050 *Supra*, N 461.

1051 BARRELET/EGLOFF, art. 1 N 6 ; SHK URG-DAVID, Einführung N 32 s.

1052 *Eros, LLC v. Doe*, documents de l'affaire disponibles à l'adresse suivante : http://dockets.justia. com/docket/ florida/flmdce/8:2007cv01158/202603/.

1053 *Eros, LLC et al. v. Simon et al.*, documents de l'affaire disponibles à l'adresse suivante : http://dockets.justia.com/docket/new-york/nyedce/1:2007cv04447/274521.

ayant utilisé sans droit des biens virtuels dont ils étaient titulaires[1054]. Ces deux affaires n'ont pas été jugées au fond. Dans la première, le demandeur a obtenu gain de cause par défaut et, dans la seconde, l'affaire a été transigée à l'amiable[1055].

1054 Pour de plus amples informations, voir *supra*, N 66 et LASTOWKA (2010), p. 191 s.

1055 Voir DURANSKE, p. 148 s.

Chapitre 2: Notions

664. Le contenu généré par les utilisateurs[1056] d'univers virtuels existe sous différentes formes : texte, image, vidéo ou bien virtuel[1057]. Selon la définition générale de cette formule[1058], aucun élément créatif n'est requis pour être qualifié et il appartient donc de se poser la question de savoir si, et à quelle(s) condition(s), il peut être protégé par le droit d'auteur.

665. Dans un premier temps, la notion d'œuvre au sens du droit d'auteur sera définie (A) avant de la tester en relation avec l'univers virtuel (B), de la confronter aux différents types de contenu généré par les utilisateurs (C) et d'offrir une synthèse (C).

A. Notion d'œuvre

666. L'art. 2 al. 1 LDA dispose que par « œuvre, quelles qu'en soient la valeur ou la destination, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel ».

667. Une œuvre est ainsi protégée pour elle-même, sans égard à une quelconque finalité[1059]. La notion d'œuvre ne dépend pas non plus de sa valeur esthétique[1060], le juge suisse n'étant pas amené à agir en critique d'art. En outre, il n'est pas nécessaire qu'elle soit fixée sur un support comme l'art. 2 al. 2 de la Convention de Berne le permet[1061] et elle est protégée à partir du moment où elle a été créée sans autre formalité d'enregistrement[1062].

1056 *User generated content* en anglais.

1057 *Supra*, N 46 ss.

1058 *Supra*, N 43.

1059 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 9 ; CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 12 ; SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 6 ; SHK URG-DAVID, Einführung N 21.

1060 TF du 5 septembre 2003, sic! 2004 p. 395 ; BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 10.

1061 Art. 29 al. 1 LDA ; BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 4 ; CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 6. L'absence de cette exigence permet d'éviter des constructions compliquées voulant que les œuvres perçues sur un ordinateur sont nécessairement fixées sur un support physique, soit la mémoire d'un serveur situé quelque part dans le monde (voir notamment MARCUS, p. 479) ; question qui pourrait potentiellement poser des problèmes au niveau de l'application

668. Trois conditions, qui seront présentées ci-après, ressortent de cette définition. Une œuvre est une création de l'esprit (1) dans le domaine littéraire ou artistique (2) qui revêt un caractère individuel (3).

1. Création de l'esprit

669. La première condition de l'art. 2 al. 1 LDA est celle de la création de l'esprit. Elle suppose que « l'œuvre doit reposer sur la volonté humaine; elle doit être l'expression d'une manifestation de pensée »[1063]. Ainsi, les créations naturelles ou les produits de la technique ne sont pas des œuvres au sens de la LDA[1064].

670. La délimitation entre création de l'esprit et produit de la technique peut s'avérer ténue, comme l'a démontré une affaire posant la question du caractère protégeable d'une photographie[1065]. En effet, dans ce cadre, un élément technique est présent (l'utilisation d'une caméra) et peut supplanter la composante intellectuelle[1066]. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a indiqué que la protection peut être accordée même si l'activité créatrice est minime. Dans le même sens, la doctrine estime que cette condition ne doit pas être interprétée de manière trop restrictive[1067], donnant notamment l'exemple des créations qui résultent de l'utilisation volontaire des règles du hasard qui bénéficient de la protection accordée par le droit d'auteur[1068].

671. Dans le cadre des univers virtuels, la question de la prépondérance d'un élément non humain dans le processus créatif est intéressante ; spécifiquement en ce qui concerne la catégorie des biens virtuels. Ceux-ci peuvent être créés dans des logiciels de modélisation 3D et ensuite importés dans un monde virtuel ; ceci ne posant pas de question fondamentalement

---

territoriale du droit d'auteur. Le droit américain prévoit ainsi que les œuvres audiovisuelles doivent être fixées sur un support matériel (17 U.S.C. § 102(a)(8)).

1062 SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 8.

1063 Message LDA 1989, p. 506.

1064 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 5.

1065 TF du 5 septembre 2003, sic! 2004 p. 395.

1066 TF du 5 septembre 2003, sic! 2004 p. 395.

1067 Voir notamment BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 5 et SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 8.

1068 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 5.

différente de celle du processus créatif lié à toutes autres catégories de contenu généré par les utilisateurs. En revanche, certains mondes virtuels mettent à disposition de leurs utilisateurs des outils facilitant, par exemple, la création de biens virtuels[1069] ou permettant de personnaliser leur avatar. Dans cette seconde hypothèse, l'assistance d'un outil technologique lors du processus de création commande d'établir si l'aspect créatif est suffisant pour remplir la première condition de l'art. 2 al. 2 LDA.

672. Dans une affaire soumise à la juridiction d'une Cour californienne[1070], Marvel a attaqué NCSoft notamment pour violation de droit d'auteur et de droit des marques. Outre les questions de responsabilité de l'opérateur pour les actes illicites de ses utilisateurs, l'état de fait de cet arrêt illustre bien la question de la part de créativité humaine et la part automatisée, soit *in casu* l'assistance d'un outil d'aide à la création d'avatar. NCSoft était l'opérateur du monde virtuel City of Heroes dans lequel les utilisateurs incarnaient des super héros. Cette société mettait à disposition des outils informatiques permettant aux utilisateurs de créer facilement leur avatar en assemblant des formes et autres caractéristiques préétablies[1071]. Malheureusement, à l'instar de l'affaire *Bragg v. Linden Research*[1072], les parties ont conclu un accord avant que le juge californien n'ait l'occasion de rendre un verdict final.

673. En se fondant sur cet état de fait, la question peut se poser de savoir si, en droit suisse, une activité créatrice avait effectivement lieu. Au regard de l'interprétation extensive de l'activité créatrice ayant cours en droit d'auteur suisse, il faut considérer que c'est le cas lorsque le bien virtuel final n'est pas le simple produit du logiciel mais nécessite une activité créatrice, soit-elle minime, de la part de l'utilisateur[1073]. Il est à noter toutefois que des contenus créés par le biais d'un tel système risquent de ne pas passer le test

---

1069 C'est par exemple le cas dans le monde virtuel Second Life.

1070 *Marvel Enterprises, Inc., et al. v. NCSoft Corporation, et al.*, Case No. CV 04-9253-RGK (PLAx) (U.S.D.C. for the Central District of California 2005).

1071 Pour de plus amples informations, voir LASTOWKA (2010), p. 166 ss.

1072 *Supra*, N 273 ss.

1073 Il est à noter que, dans l'affaire californienne, l'outil mis à disposition par NCSoft pour assister les utilisateurs dans la création de leur avatar octroyait à ces derniers une large marge de manœuvre (LASTOWKA (2010), p. 166). La condition de la création de l'esprit aurait ainsi été donnée en l'espèce, en application du droit suisse.

du caractère individuel, principal critère de définition de la notion d'œuvre[1074].

2. Domaine littéraire ou artistique

674. La deuxième condition suppose que la création de l'esprit soit de type littéraire ou artistique. Cette notion doit être comprise de manière très large[1075]. À titre d'exemple, la loi fournit une liste exemplative de créations de l'esprit[1076] (art. 2 al. 2 LDA) parmi lesquels : « les œuvres recourant à la langue, qu'elles soient littéraires, scientifiques ou autres » (lit. a), « les œuvres musicales et autres œuvres acoustiques » (lit. b) et « les œuvres graphiques » (lit. c). Par ailleurs, l'art. 2 al. 3 LDA prévoit que « les programmes d'ordinateurs (logiciels) sont également considérés comme des œuvres »[1077].

675. En définitive, cette condition ne pose pas de problème particulier dans la pratique dans la mesure où tout ce qu'un auteur présente comme une œuvre sera réputé entrer dans le domaine littéraire ou artistique[1078]. Ainsi, tous les types de contenus générés par les utilisateurs doivent être considérés comme tels. Il n'est en effet pas disputé dans la doctrine que les œuvres multimédias font partie des œuvres audiovisuelles de l'art. 2 *lit*. g LDA[1079]. Une Cour allemande a reconnu à ce titre que la qualité d'œuvre pouvait être attribuée à un bien virtuel[1080].

1074 *Infra*, N 678 ss.

1075 Voir notamment BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 7 et SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 10.

1076 Il est à noter que cette formulation est curieuse, la liste donnant des exemples de types d'œuvre et non de ce qui devrait être considéré comme une création de l'esprit (cette condition doit répondre aux exigences définies *supra*, N 669 ss ; il ne faut ainsi pas penser que tous ces exemples remplissent automatiquement cette condition). À ce propos, les textes allemand et italien de l'art. 2 al. 2 LDA est plus adéquat en ce qu'ils ne se réfèrent pas à la création de l'esprit, mais introduisent simplement cette liste en tant qu'exemple d'œuvre.

1077 Les biens virtuels complexes, qui incorporent un élément de programmation, seront considérés comme des logiciels (NÄNNI (2009), p. 138 s.).

1078 Voir BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 7 et les références citées.

1079 Voir notamment BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 20 et NÄNNI (2009), p. 136 s. et les références citées en note 545.

1080 Arrêt du Landesgericht de Cologne du 21 avril 2008 (Az. 28 O 124/08). Dans cet arrêt qui concernait la reproduction de la cathédrale de Cologne dans Second Life, la Cour n'a cependant pas considéré que le bien virtuel en question était une œuvre dans la mesure où il n'était pas suffisamment créatif pour bénéficier de la protection du droit d'auteur. Plus précisément, le Landesgericht a retenu que le niveau esthétique de cette reproduction – en

3. Caractère individuel

676. La troisième condition qui doit être remplie pour qu'une création de l'esprit, littéraire ou artistique, soit considérée comme une œuvre est celle de l'individualité ; celle-ci étant la principale condition à remplir[1081].

677. Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle LDA en 1992, la jurisprudence décrivait le caractère individuel de manière subjective : « une œuvre intellectuelle portant l'empreinte d'une activité créatrice originale marquée par la personnalité de l'auteur »[1082]. Cette conception a évolué avec la révision de la LDA pour se tourner vers une conception objective du caractère individuel[1083]. Il s'apprécie ainsi uniquement en fonction de l'œuvre, et non de son auteur[1084].

678. L'individualité doit être analysée au cas par cas[1085] ; le seuil à dépasser pour qu'elle soit reconnue n'étant pas le même suivant le contexte de la création[1086]. Ainsi, lorsque la marge de manœuvre de l'auteur est restreinte (par des contraintes techniques par exemple), une individualité moindre sera suffisante[1087]. Si l'on se réfère à l'affaire *Marvel v. NCSoft*[1088] par exemple, on peut considérer qu'un niveau d'individualité plus faible suffira pour qu'elle soit reconnue dans la mesure où les contraintes techniques, liées au fait que les utilisateurs créaient leur avatar en utilisant un outil fourni par NCSoft, limitaient la créativité des utilisateurs. Cela ne suppose pas que tous les biens virtuels créés à l'aide de cet outil possédaient un caractère individuel, ceci devant être vérifié au cas par cas.

---

particulier les textures utilisées – n'était pas suffisamment élevé pour que le cercle des artistes dans le domaine considère celle-ci comme une œuvre (ce qui n'est pas un critère pertinent en droit suisse).

1081 MIJATOVIC, p. 438.

1082 ATF 110 IV 102, JdT 1985 I 209.

1083 TF du 5 septembre 2003, sic! 2004 p. 395 ; SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 18 ss.

1084 ATF 136 III 225 ; TF du 5 septembre 2003, sic! 2004 p. 395 ; SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 18.

1085 NÄNNI (2009), p. 139 s.

1086 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 8.

1087 ATF 136 III 225 ; BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 8 ; SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 19.

1088 *Marvel Enterprises, Inc., et al. v. NCSoft Corporation, et al.*, Case No. CV 04-9253-RGK (PLAx) (U.S.D.C. for the Central District of California 2005) ; *supra*, N 672.

679. KUMMER a introduit l'expression « unicité statistique » (« *statistischen Einmaligkeit* ») pour expliquer le critère d'individualité en 1968[1089]. Cette notion a eu un certain impact dans la doctrine et également dans la jurisprudence[1090]. Elle laisse entendre qu'une création a un caractère individuel du fait qu'elle est statistiquement unique, soit qu'il n'existe aucune autre création antérieure identique[1091]. Cette conception peu restrictive du caractère individuel aurait pour effet que toute création unique serait considérée comme une œuvre pour autant qu'il s'agisse d'une création de l'esprit appartenant au domaine littéraire ou artistique ; deux conditions elles-mêmes comprises largement.

680. Cependant, la doctrine et la jurisprudence s'accordent depuis lors sur le fait que l'unicité statistique ne suffit pas à elle seule à conférer un caractère individuel à une création[1092]. En définitive, le critère déterminant, mais peu prévisible[1093], de l'individualité est qu'elle « se distingue de la banalité ou du travail de routine ; elle résulte de la diversité des décisions prises par l'auteur, de combinaisons surprenantes et inhabituelles, de sorte qu'il paraît exclu qu'un tiers confronté à la même tâche ait pu créer une œuvre identique »[1094].

B. Univers virtuels en tant qu'œuvres

681. Avant de se pencher sur les différents types de contenus générés par les utilisateurs d'un univers virtuel, il convient de mentionner que l'univers virtuel – *i.e.* le logiciel[1095] et l'interface graphique[1096] du monde virtuel ou du réseau social – lui-même peut être protégé par le droit d'auteur[1097].

1089 KUMMER.

1090 WILD, p. 61 ; voir notamment l'ATF 130 III 168.

1091 SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 23 ; KUMMER, p. 30 ss ; WILD, p. 61.

1092 Pour la doctrine, voir notamment SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 20 et 30 s. et WILD, p. 65 ; concernant la jurisprudence, voir notamment ATF 136 III 225, ATF 134 III 166 et ATF 130 III 225.

1093 MIJATOVIC, p. 435, qui arrive à ce constat en comparant les arrêts « Marley » (TF du 5 septembre 2003, sic! 2004 p. 395) et « Meili » (ATF 130 III 714, JdT 2004 I 281) ; deux arrêts portant sur la notion d'individualité dans le cadre d'œuvres photographiques.

1094 ATF 136 III 225 ; voir également CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 17.

1095 Art. 2 al. 3 LDA.

682. D'une part, qu'il soit fourni par le biais d'un logiciel ou d'un site Internet[1098], l'univers virtuel sera protégé en tant que logiciel (art. 2 al. 3 LDA) pour autant qu'il remplisse les conditions de l'art. 2 al. 1 LDA[1099].

683. D'autre part, l'interface graphique d'un site Internet peut être protégée à titre d'œuvre multimédia[1100]. Il conviendra, pour chaque univers virtuel, d'analyser si la condition de l'individualité est remplie. *A priori*, elle devrait être donnée pour les mondes virtuels pour lesquels les opérateurs ont créé un univers graphique (*e.g.* les MMORPGs tel que World of Warcraft). En ce qui concerne les réseaux sociaux et autres mondes virtuels dont les éléments graphiques sont générés par les utilisateurs, il est difficile de se prononcer *a priori* sur l'individualité de l'interface graphique.

684. L'enjeu de la distinction relative à l'objet de la protection (*i.e.* logiciel ou interface graphique) réside dans le fait que des dispositions spécifiques de la LDA sont applicables aux logiciels[1101] ; par exemple en relation avec la durée de protection de l'œuvre : 50 ans après le décès de l'auteur pour les logiciels et 70 ans après le décès de l'auteur pour les autres œuvres (dont font partie

---

1096 Art. 2 al. 2 *lit*. g LDA.

1097 Ce point revêt une importance notamment en lien avec la question de la qualification du contrat, *supra*, N 230 ss.

1098 La doctrine (voir notamment GILLIERON (2003), N 347 et les références citées en note 698), considère qu'une page ou un site Internet ne peuvent pas être considérés comme des logiciels dans la mesure où ils ne peuvent pas être exécutés de manière autonome mais qu'ils requièrent un « logiciel de navigation qui permet de lire le langage de programmation, soit le code HTML » (GILLIERON (2003), N 347). Cependant, si l'on appliquait ce raisonnement aux logiciels dits indépendants (*i.e.* ceux qui peuvent être lancés indépendamment d'un logiciel de navigation Internet), ceux-ci ne pourraient pas non plus être considérés comme autonomes dans la mesure où, pour être exécutés, ils nécessitent qu'un système d'exploitation soit installé sur l'ordinateur afin d'interpréter le langage informatique du logiciel. A l'ère du Web 2.0, de nombreux logiciels sont exécutés au sein d'un logiciel de navigation Internet. Dès lors, il convient de considérer que de tels logiciels – soit notamment les logiciels qui font fonctionner les univers virtuels – bénéficient de la protection du droit d'auteur en vertu de l'art. 2 al. 3 LDA.

1099 Une Cour cantonale jurassienne a reconnu qu'un moteur de recherche était un logiciel fourni par le biais d'un site Internet (Arrêt de la Cour civile du 4 février 2011 en la cause *Albert Tanneur Institut Sàrl c. Google* (CC 117/2010, RJJ 2011 p. 82)). Ce constat peut être étendu aux univers virtuels en tant que le site Internet est soutenu par un logiciel gérant l'infrastructure du réseau social ou du monde virtuel. Voir également GILLIERON (2003), N 337 ss.

1100 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 19 ; GILLIERON (2003), N 346 ; RENOLD, p. 95 ; voir également CJUE du 20 décembre 2010, C-393/09.

1101 Concernant notamment l'épuisement des droits (art. 12 al. 2 LDA) et les droits de l'employeur (art. 17 LDA). Pour une présentation de ces règles spécifiques, voir DESSEMONTET, N 18 ss.

les œuvres multimédias)[1102]. Dans le contexte des univers virtuels, cet enjeu n'a qu'une portée théorique dans la mesure où le cycle d'évolution des plateformes est beaucoup plus rapide[1103].

C. Contenu généré par les utilisateurs à l'aune de la définition d'œuvre

685. L'art. 2 al. 2 LDA contient une liste exemplative des œuvres qui peuvent prétendre à la protection du droit d'auteur. Une création qui remplit les conditions de protection de l'art. 2 al. 1 LDA bénéficiera ainsi de l'application de cette loi même si elle ne peut être classée dans une des catégories énumérées à l'alinéa 2[1104]. Réciproquement, une œuvre figurant dans une catégorie énumérée à l'art. 2 al. 2 LDA devra remplir les conditions d'applications de l'al. 1 pour bénéficier de la protection et, notamment, avoir un caractère individuel.

686. Les contenus générés par les utilisateurs, notamment les vidéos téléchargées sur les sites de partage tel que YouTube, déforment (*e.g.* reprise de chansons) ou font des emprunts à des œuvres existantes (*e.g.* ajout d'une bande sonore à une vidéo amateur) de manière fréquente. Sans égard à l'application de certaines exceptions prévues dans le chapitre cinq de la LDA[1105], la limite entre libre utilisation et œuvre dérivée doit être posée[1106]. L'œuvre dérivée est créée à partir d'une ou plusieurs œuvres préexistantes qui sont reconnaissables dans leur caractère individuel (art. 3 al. 1 LDA).

1102 Art. 29 al. 2 LDA.

1103 La même conclusion est applicable aux autres règles spécifiques de la LDA prévues en matière de logiciels, mais pour d'autres motifs qui ne seront pas exposés ici dans la mesure où une telle discussion sort du champ d'étude de cette partie qui est centrée sur les contenus générés par les utilisateurs.

1104 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 12 ; VON BÜREN/MEER, 78 ; CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 21. DESSEMONTET indique que l'enjeu principal de la distinction réside dans la compétence de l'organisme de perception des droits d'auteurs (CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 22). Cependant, une discussion plus détaillée de chaque catégorie d'œuvres en relation avec le type de contenu généré par des utilisateurs est pertinente dans ce cadre afin de se pencher plus précisément sur leur potentielle protection et, cas échéant, le seuil à partir duquel celle-ci interviendra.

1105 *Infra*, N 777 ss.

1106 Pour de plus amples informations, voir BARRELET/EGLOFF, art. 3 N 5 ; CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 3 N 12.

Lorsque l'œuvre préexistante n'est pas reconnaissable, il n'y a pas utilisation illicite de celle-ci et ainsi l'auteur de l'œuvre subséquente peut librement en disposer[1107]. Dans le cas contraire, l'œuvre préexistante et l'œuvre subséquente sont sujettes à la protection du droit d'auteur (art. 3 al. 3 et 4 LDA).

687. Ce chapitre mettra en relation ces catégories d'œuvres avec les différents types de contenu généré par des utilisateurs, en discutant le potentiel de protection de chacun de ces types de contenu.

1. Texte

688. La première catégorie est celle regroupant les « œuvres recourant à la langue, qu'elles soient littéraires, scientifiques ou autres » (2 al. 2 lit. a LDA). C'est l'expression écrite de la langue qui est principalement visée ici[1108], mais cela n'exclut pas les expressions orales[1109]. DESSEMONTET précise encore que la notion de langue de l'art. 2 al. 2 *lit.* a LDA doit être comprise comme une langue « naturelle », dont font partie notamment les langues parlées comme les langues mortes, ainsi que les langages de programmation informatique ou celui utilisé par « des adolescents en mal de confidentialité »[1110].

689. La doctrine et la jurisprudence donnent de nombreux exemples de ce qui peut constituer une œuvre recourant à la langue, notamment : les textes apparaissant sur des sites Internet ou sur les réseaux sociaux[1111], les articles de journaux ou les œuvres de fiction littéraire[1112]. Il n'est pas nécessaire qu'une œuvre recourant à la langue soit quantitativement conséquente, les œuvres courtes pouvant également être protégées[1113]. Cependant, plus un texte est court, moins il aura de chance de passer le test de l'individualité[1114].

1107 BARRELET/EGLOFF, art. 3 N 5.

1108 CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 23.

1109 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 13.

1110 CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 23.

1111 CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 24.

1112 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 13, et la jurisprudence citée ; CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 24.

1113 Par exemple le titre d'un journal (ATF 77 II 377, JdT 1952 I 361).

1114 SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 46.

À ce titre, les mots uniques ou les noms de domaine Internet n'ont, de manière générale, pas un caractère individuel[1115]. La protection des personnages de fiction, potentiellement envisageable, n'a jamais été reconnue par les Tribunaux suisses[1116].

690. Dans le contexte des univers virtuels, il n'est d'emblée pas exclu que le premier type de contenu généré par des utilisateurs soit considéré comme une œuvre, à l'exclusion des noms d'avatars[1117] ou des noms de domaine personnalisés que l'ont peut retrouver sur Facebook, Twitter ou LinkedIn par exemple[1118]. On peut également considérer que les textes triviaux publiés sur les réseaux sociaux ne devraient en principe pas passer le test de l'individualité, ceux-ci se bornant à rendre compte de faits (souvent sans intérêt). BARRELET & EGLOFF précisent à cet effet qu'un texte « ne sera pas protégé s'il apparaît dans l'ensemble comme une combinaison d'expressions courantes ou comme imposé par la logique des faits »[1119].

2. Image et vidéo

691. L'art. 2 al. 2 *lit.* g LDA présente la catégorie des « œuvres photographiques, cinématographiques et les autres œuvres visuelles ou audiovisuelles ». Cette catégorie comprend les dessins et graphiques créés à l'aide d'un logiciel, ainsi que les films ou autres documents contenant du son et une succession d'image.

692. La notion d'œuvre dans le domaine de la photographie a déjà été discutée ci-dessus[1120]. Il doit être relevé que, à l'instar de ce qui a été dit pour les œuvres faisant recours à la langue[1121], les photographies triviales n'ayant pour but

---

1115 VON BÜREN/MEER, p. 80 ; SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 47.

1116 Voir notamment CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 27, se référant aux affaires « Mickey » (ATF 77 II 377, JdT 1952 I 361) et « Sherlock Holmes » (ATF 85 II 120, JdT 1959 I 582).

1117 La situation est ici analogue à celle des personnages de fictions.

1118 Ces noms de domaine personnalisés constituent des noms de domaine Internet et souffrent ainsi de la même restriction (voir *supra*, note 1115).

1119 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 13.

1120 *Supra*, N 670.

1121 *Supra*, N 690.

que la représentation littérale d'un instant ne bénéficieront pas de la protection de la LDA[1122].

693. Nul besoin qu'une image soit une œuvre d'art pour bénéficier de la protection accordée par la LDA. Un logo d'entreprise peut constituer une œuvre[1123]. À ce titre, il est délicat de présumer, de manière générale, que ce type de contenu généré par les utilisateurs soient des œuvres. Il faudra ainsi appliquer le test d'individualité au cas par cas pour répondre à la question.

694. On reconnaît un caractère individuel aux films, même de courte durée[1124]. Ceci est justifié par leur complexité intrinsèque, due notamment à l'association entre images et sons et par le travail de montage[1125]. Cette présomption ne doit pas être étendue à toutes les vidéos. Dans l'hypothèse où il n'y a pas de montage, pas d'ajout de piste sonore à la vidéo, se posera le même problème – concernant le caractère individuel de la création – que pour les photographies[1126]. Ainsi, les vidéos amateurs (qui n'ont pas fait l'objet d'un montage ou d'un quelconque travail en post-production) téléchargées, par hypothèse, sur YouTube seront réputées ne pas posséder un caractère individuel.

695. La question de la classification des créations architecturales virtuelles (*e.g.* un bâtiment dans un monde virtuel) peut se poser ici. Les œuvres d'architecture sont visées par l'art. 2 al. 2 *lit*. e LDA. Cette catégorie comprend également les dessins, les plans ou les maquettes[1127]. La question de savoir si ces derniers entrent dans cette catégorie uniquement lorsqu'ils ont pour but d'être réalisés peut être laissée ouverte dans la mesure où ils

---

1122 Voir notamment CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 49, selon qui une « très grande partie de la production photographique des amateurs ne mérite pas la protection de la loi ». Il cite à titre d'exemple : « la plupart des clichés de vacances, de voyages, de famille, et pour les clichés professionnels de documentation scientifique, muséographique, animalière ou végétale [ainsi que] les photos passeport qu'elles soient automatiques ou réalisées par un photographe ».

1123 SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 52.

1124 CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 47.

1125 SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 59 ; CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 47.

1126 SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 59.

1127 SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 55 ; CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 42 ; *contra* : BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 17, qui soutiennent que ceux-ci seront classés sous la catégorie des arts plastiques (art. 2 al. 2 *lit*. c LDA).

font partie de la catégorie générale des œuvres visuelles (art. 2 al. 2 *lit*. g LDA).

696. L'interface graphique d'un site Internet est susceptible d'être protégée[1128]. Cependant, cela sera le cas uniquement si le concepteur du site en question a créé un site « unique » et ne s'est pas borné à choisir parmi les options qu'un logiciel lui proposait[1129]. Si tel n'était pas le cas, la condition de l'individualité ne serait pas remplie. Partant, l'apparence d'une page de profil Facebook ou Twitter n'est pas susceptible de bénéficier de la protection de la LDA, même si elle a été personnalisée, dans la mesure où les outils mis à disposition par les opérateurs de ces sites Internet ne laissent pas suffisamment de liberté créatrice aux utilisateurs. Cependant, cela n'empêche pas que les divers éléments qui composent la page en question (*e.g.* textes et images) soient protégés séparément.

3. Son

697. L'art. 2 al. 2 *lit*. b LDA prévoit une catégorie pour « les œuvres musicales et autres œuvres acoustiques ». Bien que les notions de musique et d'œuvres acoustiques doivent être comprises au sens large[1130], il faut tout de même qu'il ne s'agisse pas simplement de bruits[1131].

698. Ainsi, les musiques de tous les styles, composées par des amateurs ou des professionnels, qu'elles soient enregistrées, fixées sur un support, jouées en live ou improvisées sont susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur[1132]. La protection ne dépendant pas d'un format spécifique, les musiques téléchargées sur une page MySpace, sur YouTube[1133], ou

---

1128 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 19 ; GILLIERON (2003), N 346 ; RENOLD, p. 95.

1129 GILLIERON (2003), N 346 ; RENOLD, p. 95.

1130 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 14 ; SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 48 ; CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 28.

1131 Il est à noter toutefois que si le bruit est ordonné, la création pourra être considérée comme une œuvre (VON BÜREN/MEER, p. 98 ; CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 28).

1132 CRPI/LDA-DESSEMONTET, art. 2 N 28.

1133 On peut préciser à ce titre qu'une musique accompagnée d'images peut être protégée pour elle-même ou en lien avec les images en tant qu'œuvre audiovisuelle, voir *supra*, N 694.

retransmise en direct dans un monde virtuel[1134], sont donc incluses dans cette catégorie.

699. Ce type de contenu généré par les utilisateurs bénéficiera donc de la protection de la LDA à condition qu'elles soient individuelles. À titre d'exemple, une simple note[1135], de simples accords ou une gamme[1136] n'ont pas un caractère individuel.

4. Bien virtuel

700. Les biens virtuels dynamiques comportent un élément de programmation informatique. En ce sens, on peut leur appliquer l'art. 2 al. 3 LDA qui prévoit que les logiciels sont considérés comme des œuvres [1137] s'ils remplissent les conditions de l'art. 2 al. 1 LDA. Il est à noter que l'apparence finale d'un bien virtuel (statique ou dynamique) peut être protégée en tant qu'œuvre visuelle (art. 2 al. 2 *lit.* g LDA) [1138] indépendamment de la protection à titre de logiciel discutée ci-après.

701. Le caractère individuel d'un logiciel est fonction de la manière dont le code est exprimé (soit la structure de celui-ci) et non de sa fonctionnalité ou de l'idée qui le sous-tend[1139]. Partant, seul l'élément de code informatique lié à un bien virtuel est susceptible d'être protégé comme logiciel[1140].

702. La question du seuil d'individualité à atteindre est délicate, les biens virtuels étant de manière générale simples en comparaison avec d'autres logiciels[1141]. Dans le cadre plus général des logiciels (sans spécifiquement prendre en considération les biens virtuels), la doctrine précise que le seuil d'individualité doit être bas en raison de la marge de manœuvre réduite dont les auteurs disposent[1142]. De plus, les macros[1143] sont réputées être dignes de

---

1134 Comme ce peut être le cas dans Second Life ou OpenSim par exemple.

1135 SHK URG-CHERPILLOD, art. 2 N 48.

1136 BARRELET/EGLOFF, art. 2 N 14.

1137 NÄNNI (2009), p. 139.

1138 *Supra*, N 691 ss.

1139 GILLIERON (2003), N 340 et les références citées en note 652 ; NÄNNI (2009), p. 139 ; STRAUB, N 77 et les références citées en note 114.

1140 NÄNNI (2009), p. 139.

1141 *E.g.* un pas de danse, *supra*, N 63.

1142 Voir notamment GILLIERON (2003), N 340 et NEFF/ARN, p. 131 s.

protection au même titre que les logiciels[1144]. En définitive, le caractère individuel peut exister dès lors qu'une marge de manœuvre est présente, aussi faible soit-elle[1145]. Il faut cependant garder à l'esprit que seule l'expression – *i.e.* le code informatique – est susceptible de protection par le droit d'auteur, à l'exclusion de la fonctionnalité[1146].

703. Les biens virtuels sont analogues aux macros[1147]. On peut donc déduire que – dès lors que l'élément de programmation fait usage d'une quelconque marge de manœuvre et qu'ils ne sont pas triviaux[1148] – ils bénéficient de la protection du droit d'auteur[1149].

1143 Il s'agit de « mini logiciels » qui permettent d'automatiser certaines fonctions d'un logiciel ou d'en créer de nouvelles en utilisant des outils mis à disposition par le logiciel hôte. L'utilisation de macros est répandue dans la suite Microsoft Office, notamment dans Microsoft Excel.

1144 TC Saint-Gall du 17 juillet 2007, ZZ.2006.36. En droit américain, voir l'arrêt *Oracle America v. Google*, 750 F.3d 1339 (U.S. CoA, Fed. cir. 2014). Cet arrêt reconnaît qu'un API – *Application programming interface*, qui consiste en un set de protocoles et d'instructions lié à un logiciel (*in casu* Java) qui, lorsqu'ils sont intégrés à un logiciel tiers (*in casu* Android), permettent à ces derniers d'interagir avec le premier logiciel – peut être protégé par le droit d'auteur à condition que le code informatique de l'API ne consiste pas en l'unique manière d'exprimer une idée. Dans une perspective de droit suisse, un tel cas devrait être tranché de la même manière, *i.e.* le droit d'auteur ne protège pas une expression (*e.g.* code informatique contenu dans un API) s'il n'existe aucune marge de manœuvre dans la formulation de cette expression.

1145 TC Saint-Gall du 17 juillet 2007, ZZ.2006.36.

1146 Ainsi, le droit d'auteur n'est pas violé si une fonction d'un logiciel est copiée par un tiers sans que le code informatique lui-même ne soit copié (*i.e.* si celui-ci est réécrit) ; voir CJUE du 2 mai 2012, C-406/10. Voir également l'arrêt américain *Oracle America v. Google*, 750 F.3d 1339 (U.S. CoA, Fed. cir. 2014) qui explique que la structure, l'organisation et la séquence d'un logiciel peuvent être protégées par le droit d'auteur à condition qu'elles soient l'expression d'une idée et, partant, qu'elle ne consiste pas en l'idée elle-même.

1147 *Supra*, N 64.

1148 TC Saint-Gall du 17 juillet 2007, ZZ.2006.36. Il est à noter que l'arrêt ne traite pas directement de la trivialité des biens virtuels mais des logiciels en général. Cela étant, ce constat est également valable dans le cadre des biens virtuels.

1149 GILLIERON (2003), N 342, soutient que l'individualité d'un logiciel doit en définitive être fonction de quatre critère :

« (1) En quoi le programme litigieux se distingue-t-il de programmes de même genre quant aux instructions, quant aux choix opérés et quant à la structure donnée?

(2) Etant donnée la fonction du programme, quelle était la marge de manœuvre disponible laissée à l'auteur?

(3) L'auteur a-t-il fait usage de la marge de manœuvre dont il disposait?

(4) Quels sont les éléments qui conduisent à reconnaître une individualité suffisante au programme? ».

D. Synthèse

704. En résumé, aucun type de contenu généré par les utilisateurs n'est exclu de la protection du droit d'auteur de façon absolue ; le critère de l'individualité jouant un rôle clé dans l'analyse de celle-ci.

705. Certains contenus spécifiques sont cependant réputés ne pas remplir ce critère. C'est notamment le cas des noms d'avatars, des noms de domaine et des commentaires triviaux publiés sur les réseaux sociaux dans le cadre des contenus écrits[1150]. Pour ce qui est des images et des vidéos, celles qui ne font que représenter de manière littérale un évènement sans valeur créative ajoutée (*e.g.* un montage ou un élément de post-production) ne seront pas dignes de protection[1151]. Dans la catégorie des œuvres sonores, seules les musiques sont dignes d'être protégées, à l'exclusion des simples notes ou bruitages non organisés[1152]. Quant aux biens virtuels, il est nécessaire d'analyser leur caractère individuel au cas par cas, aucune règle générale ne pouvant être dégagée[1153].

706. Le droit d'auteur s'appliquera ainsi dans certains cas aux contenus générés par les utilisateurs, mais pas dans la grande majorité des cas pour ceux publiés dans les réseaux sociaux : ceux-ci étant triviaux et banals dans la majorité des cas. En revanche, on peut présumer, *a priori*, qu'un grand nombre de biens virtuels bénéficie de la protection du droit d'auteur[1154].

1150 *Supra*, N 690.

1151 *Supra*, N 692 et 694.

1152 *Supra*, N 699.

1153 *Supra*, N 703.

1154 *Contra* : NÄNNI (2009), p. 141.

Chapitre 3: Protection des œuvres dans un univers virtuel

707. Le chapitre précédent a permis de déterminer à quelles conditions le contenu généré par des utilisateurs peut être qualifié d'œuvre au sens de la loi sur le droit d'auteur et ainsi bénéficier de la protection de celle-ci. En principe, tous les types de contenus sont potentiellement protégeables, mais l'examen doit être effectué au cas par cas[1155].

708. Ce chapitre se concentrera sur les conditions de la protection des œuvres dans les réseaux sociaux et les mondes virtuels, que celles-ci aient été créées en dehors de ceux-ci (et ainsi préexistent dans le monde réel), par les opérateurs d'une telle plateforme (lors de la création de celui-ci) ou qu'elles soient le fruit d'un contenu généré par un utilisateur.

709. Les droits conférés aux auteurs sont classés en deux catégories : les droits patrimoniaux (A) et les droits moraux (B)[1156]. Ceux-ci peuvent être limités par les exceptions prévues principalement au Chapitre 5 (Titre 2) de la loi sur le droit d'auteur[1157]. Celles qui sont pertinentes dans le cadre des réseaux sociaux et des mondes virtuels seront présentées ci-après (C). Il est également utile de rappeler que les contenus créés par les utilisateurs font l'objet d'une licence en faveur de l'opérateur[1158].

A. Droit exclusif d'exploitation de l'œuvre

710. L'art. 10 al. 1 LDA prévoit que l'« auteur a le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière son œuvre sera utilisée ». Ce premier alinéa

---

1155 *Supra*, N 704 ; pour une discussion détaillée des différents types de contenu généré par les utilisateurs et de leur seuil de protection, voir *supra*, N 685 ss.

1156 Voir notamment BARRELET/EGLOFF, art. 9 N 3 ; NÄNNI (2009), p. 142.

1157 L'exception de parodie qui sera brièvement discutée ci-dessous (*infra*, N 797 ss) ne figure pas dans ce chapitre 5, mais à l'art. 11 al. 3 LDA.

1158 Voir *supra*, N 182 ss.

constitue la clause générale décrivant le droit exclusif de l'auteur d'utiliser son œuvre[1159].

711. Dans le cadre des univers virtuels, l'utilisation n'a lieu que dans un domaine numérique. De nombreux auteurs se sont déjà penchés sur la question de l'utilisation des œuvres sur Internet[1160]. Ce chapitre aura pour objectif d'analyser les différents types d'utilisations compris dans le droit exclusif de l'auteur dans le cadre des univers virtuels et, cas échéant, de relever les différences susceptibles d'apparaître avec l'utilisation sur Internet.

712. L'auteur a le droit exclusif de disposer de son œuvre[1161]. Il peut par exemple l'exploiter lui-même, le transférer ou octroyer une licence[1162] sur celui-ci[1163]. En outre, le droit exclusif de l'auteur s'étend non seulement à l'œuvre dans une version complète mais également à une partie de celle-ci, « pour autant que les éléments repris soient protégés (en eux-mêmes ou dans leur combinaison) »[1164]. Par ailleurs, l'utilisation doit être distinguée de la perception, laquelle constitue un acte de consommation de l'œuvre qui ne fait pas l'objet d'un droit exclusif à disposition de l'auteur[1165].

713. Dans le cadre de la gestion des droits d'utilisation d'œuvres sur Internet, il est important de mentionner l'organisation à but non lucratif et le projet du même nom « *Creative Commons* »[1166]. Cette organisation a pour but de créer des outils simples d'utilisation permettant aux auteurs de générer des licences gérant l'usage qu'ils souhaitent octroyer sur leurs œuvres dans le

---

1159 NÄNNI (2009), p. 142.

1160 Voir notamment BU; BÜHLER L. ; GILLIERON (2003), N 349 ss.

1161 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 9.

1162 Concernant la clause octroyant une licence sur les droits de propriété intellectuelle liés aux contenus générés par des utilisateurs, voir *supra*, N 182 s.

1163 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 9.

1164 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 5.

1165 BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 6a ; CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 3. Cette question a été discutée avant l'entrée en vigueur de l'art. 24a LDA, qui autorise les reproductions temporaires d'œuvres dans un cadre technique (*e.g.* concernant les fichiers « *caches* » ou « *proxies* »), pour écarter un droit exclusif de l'auteur lui permettant non seulement de contrôler l'exploitation de son œuvre mais également sa consommation. Pour de plus amples informations sur cette question en droit suisse, le lecteur peut se référer à GILLIERON (2003), N 361.

1166 Pour une présentation plus détaillée des « *Creative Commons* » dans le cadre des réseaux sociaux et des mondes virtuels, voir SPARROW, p. 102 ss.

but de favoriser le partage et la créativité[1167]. Ces outils permettent notamment de choisir si une utilisation commerciale de l'œuvre peut être effectuée ou si l'auteur souhaite l'interdire[1168].

714. L'art. 10 al. 2 LDA contient une liste exemplative[1169] de ces droits, notamment : le droit de reproduction (1), le droit de distribution (2), le droit de représentation (3), les droits de diffusion et de retransmission (4) et le droit de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition ou diffusées (5).

1. Droit de reproduction

715. L'art. 10 al. 2 *lit*. a LDA prévoit que le titulaire du droit d'auteur à le droit « de confectionner des exemplaires de l'œuvre, notamment sous la forme d'imprimés, de phonogrammes, de vidéogrammes ou d'autres supports de données ». Les auteurs sont unanimes sur le point de préciser que la notion de support doit être comprise largement et que celui-ci doit être fait d'un matériau durable[1170]. En ce sens, le téléchargement sur ou depuis Internet est considéré comme une reproduction au sens de cette disposition, la mémoire (disque dur)[1171] des ordinateurs étant un matériau durable[1172].

716. Outre la question de la durabilité du support, on peut se demander si la fixation de l'œuvre doit s'inscrire dans une certaine durée. La question était particulièrement délicate avant l'entrée en vigueur de l'exception concernant la reproduction provisoire d'une œuvre (art. 24a LDA)[1173]. En

---

1167 Pour plus d'informations sur le système des *Creative Commons* et le but de cette organisation, se référer à http://creativecommons.org/about ; pour la branche suisse des *Creative Commons*, voir http://www.creativecommons.ch.

1168 Pour une présentation plus détaillée des licences proposées par *Creative Commons*, voir http://creativecommons.org/licenses/.

1169 BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 3 ; SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 10 N 3. Par ailleurs, la formulation technologiquement neutre de l'art. 10 al. 1 LDA et la nature exemplative de la liste de l'art. 10 al. 2 LDA permet de prendre en compte les formes d'exploitations encore inconnues au moment de l'adoption de la loi (BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 3).

1170 Voir notamment BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 12 ; BÜHLER L., p. 157 ss ; CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 10 ; GILLIERON (2003), N 357.

1171 La mémoire d'un disque dur doit être distinguée de la mémoire vive ou mémoire volatile (communément dénommée RAM (*Random Access Memory*)). Ce deuxième type de mémoire n'a pour vocation de stocker des informations que de façon temporaire.

1172 BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 12 ; SHK URG-CHERPILLOD, art. 10 N 10.

1173 NÄNNI (2009), p. 151.

effet, celle-ci autorise la reproduction d'une œuvre si (1) elle est transitoire, (2) elle constitue une partie essentielle d'un procédé technique ayant pour but sa transmission dans un réseau et (3) elle n'a pas de signification économique indépendante[1174]. Cette disposition ne fait que codifier les développements de la doctrine sur la notion de reproduction. Cette dernière considérait en effet que la reproduction techniquement nécessaire et de courte durée (*e.g.* pour le *caching* d'une page internet) ne doit pas tomber sous le coup de l'art. 10 al. 2 *lit*. a LDA[1175]. L'art. 24a LDA constitue la seule exception susceptible de limiter le droit exclusif de reproduction pour celles qui sont provisoires. Il faut donc conclure que toutes autres reproductions temporaires restent visées par l'art. 10 al. 2 *lit*. a LDA[1176].

717. Le droit américain connaît un système similaire. Le droit de reproduction d'une œuvre est soumis à deux conditions : la copie doit être effectuée sur un support durable pendant une période plus longue que simplement transitoire[1177].

718. Les contenus des univers virtuels ne sont pas stockés dans la mémoire permanente (disque dur) de l'utilisateur mais sur les serveurs de l'opérateur[1178]. Ainsi, si un utilisateur importe un contenu dans un univers virtuel, cela revient à le télécharger sur les serveurs de l'opérateur et, partant, constitue une reproduction[1179]. Lorsque l'utilisateur crée le contenu en utilisant des outils mis à disposition par un opérateur d'univers virtuel (*e.g.* lors de la création d'un avatar ou d'un objet dans Second Life ou la publication d'un statut sur Facebook), le contenu est directement stocké sur les serveurs de celui-ci. Cela constitue également une reproduction au sens de l'art. 10 al. 2 *lit*. a LDA. En effet, il importe peu de savoir si le contenu est

---

1174 Pour une discussion plus détaillée de l'exception concernant la reproduction provisoire, voir *infra*, N 804 ss.

1175 Voir notamment GILLIERON (2003), N 357 ss et NÄNNI (2009), p. 151.

1176 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 13.

1177 Voir LEMLEY/MENELL/MERGES/SAMUELSON/CARVER, p. 516 ss : « *two distinct but related requirements: the work must be embodied in a medium, i.e., placed in a medium such that it can be perceived, reproduced, etc., from that medium (the 'embodiment requirement'), and it must remain thus embodied 'for a. period of more than transitory duration' (the 'duration requirement')* ».

1178 *Supra*, N 58.

1179 GILLIÉRON (2009 I), p. 767. Cet auteur précise que seul l'utilisateur effectue une reproduction, bien que le fichier soit effectivement stocké sur les serveurs de l'opérateur.

transféré d'une mémoire à l'autre ; la fixation dans la mémoire de destination étant seule déterminante[1180].

719. Cependant, dans le cadre plus restreint des mondes virtuels, le transfert d'un utilisateur à un autre d'un bien virtuel ne peut pas être considéré comme un acte de reproduction dans la mesure où ce bien n'est chargé dans aucune mémoire[1181]. En réalité, il n'existe qu'une seule copie du bien virtuel sur le serveur, lequel n'est pas matériellement copié à chaque fois qu'un utilisateur y accède mais simplement « affiché » à l'écran en faisant référence à cette copie unique[1182] ; à l'instar d'un utilisateur qui, lorsqu'il affiche une page Internet sur son navigateur, ne crée pas une copie de celle-ci au sens de l'art. 10 al. 2 *lit*. a LDA mais l'affiche simplement sur son écran[1183].

2. Droit de distribution

720. Le titulaire d'un droit d'auteur a le droit de « proposer au public, d'aliéner ou, de quelque autre manière, de mettre en circulation des exemplaires de l'œuvre » (art. 10 al. 2 *lit*. b LDA). La mise à disposition d'une œuvre sur Internet ne tombe pas, *de lege lata*, sous le coup de cette disposition dans la mesure où celle-ci vise uniquement la distribution d'exemplaires matériels[1184]. En ce sens, ce droit exclusif ne sera pas pris en considération dans le cadre de cette étude[1185].

1180 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 10.

1181 NÄNNI (2009), p. 152 ss.

1182 NÄNNI (2009), p. 154.

1183 D'un point de vue plus technique, le contenu de la page Internet est momentanément stocké dans la mémoire cache de l'ordinateur de l'utilisateur ; constituant ainsi une reproduction provisoire couverte par l'exception de l'art. 24a LDA.

1184 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 15. *Contra* : BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 16. Voir également NÄNNI (2009), p. 154, qui relève cette controverse doctrinale (note 624) et BÖTTSCHER qui se penche sur cette question dans sa thèse. Dans le cadre des logiciels – et de l'application de l'art. 4.2 Directive 2009/24 – la CJUE a jugé que le droit de distribution pouvait être épuisé par la distribution d'un logiciel par le biais d'Internet (arrêt de la CJUE du 3 juillet 2012 dans la cause C-128/11). Le débat entourant la mise en œuvre du droit de distribution – et l'épuisement des droits d'auteur – par le transfert d'œuvre sur Internet dépasse le cadre de ce travail et ne sera ainsi pas approfondi. Le lecteur pourra se référer aux sources précitées pour de plus amples informations.

1185 Il est à noter cependant que la mise en circulation d'une œuvre sur un réseau numérique est couverte par le droit exclusif de représentation de l'art. 10 al. 2 *lit*. c LDA (CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 15).

3. Droit de mise à disposition

721. Selon l'art. 10 al. 2 *lit.* c LDA, l'auteur a le droit exclusif « de réciter, de représenter et d'exécuter l'œuvre, de la faire voir ou entendre en un lieu autre que celui où elle est présentée et de la mettre à disposition, directement ou par quelque moyen que ce soit, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ». La représentation visée par cette disposition est celle qui est effectuée directement (*e.g.* une représentation théâtrale) ou indirectement (*e.g.* en partageant un enregistrement musical sur Internet)[1186].

722. Deux hypothèses sont pertinentes ici : la mise à disposition d'une œuvre en tant que telle (*i*) ou par le biais d'un lien hypertexte simple ou par « *framing* » (*ii*).

i. Mise à disposition en tant que telle

723. Cette hypothèse – qui correspond au droit exclusif de mise à disposition prévu par l'art. 10 al. 2 *lit.* c LDA – vise le comportement d'un utilisateur mettant à disposition une œuvre dans un univers virtuel. Il peut s'agir, par exemple, du téléchargement d'une vidéo sur YouTube [1187] ou de l'importation (téléchargement) d'un bien virtuel dans un monde virtuel de type Second Life.

724. Plus généralement, tous les moyens permettant aux utilisateurs d'un univers virtuel d'accéder à la demande à une œuvre entrent dans le champ d'application de l'art. 10 al. 2 *lit.* c LDA[1188]. Dans les cas où la diffusion est linéaire et que l'utilisateur ne peut ainsi pas choisir le moment de consultation, c'est l'art. 10 al. 2 *lit.* d[1189] ou f[1190] LDA qui s'appliquera[1191].

1186 BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 20 ; CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 19 ; NÄNNI (2009), p. 157.

1187 BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 22 ; GILLIÉRON (2009 I), p. 767.

1188 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 22 ; SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 10 N 10.

1189 *Infra*, N 732 ; CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 22.

1190 *Infra*, N 737.

1191 Les mondes virtuels permettent en effet de diffuser en continu de la musique et/ou des vidéos de manière analogue à la radio et la télévision.

ii. Mise à disposition par le biais d'un lien et « framing »

725. La première situation consiste en le partage d'un lien (menant directement ou non) vers une œuvre. Dans ce cas, on ne doit pas considérer qu'il y a eu mise à disposition[1192]. En effet, l'utilisateur ne fait que renvoyer vers l'œuvre en question, laquelle était déjà disponible sur Internet. La Cour Suprême du Canada a argumenté dans le même sens en comparant un lien à une note de bas de page qui ne fait que citer une œuvre sans la répéter[1193]. Dans une affaire récente, la CJUE a confirmé cette tendance[1194].

726. Une deuxième situation (le « *framing* »[1195]) se présente de plus en plus fréquemment sur les réseaux sociaux : le contenu se trouvant sur un site Internet tiers (la source) est affiché sur une page cible – sans qu'une reproduction n'ait lieu sur les serveurs de la page cible – en utilisant un code HTML[1196] fourni par la source pour « encadrer » le contenu de cette source. Ainsi, une personne consultant la page cible pourra y afficher le contenu de la source sans visiter la page de la source. À titre d'exemple, lorsqu'un lien vers une vidéo sur YouTube est publié sur Facebook, celui-ci est reconnu automatiquement par le système et la vidéo est directement présentée sur la page Facebook. Par ailleurs, l'affichage d'une œuvre dans le cadre d'un « *framing* » dépend nécessairement de la publication originale : l'auteur de cette dernière est en mesure d'empêcher tout « *framing* » de son œuvre[1197] et l'œuvre est affichée telle quelle, sans transformation.

727. La doctrine suisse considère que le « *framing* » constitue un acte de mise à disposition en vertu de l'art. 10 al. 2 *lit*. c LDA[1198]. Elle justifie cette position

---

1192 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 23 ; GILLIÉRON (2009 I), p. 768.

1193 *Crookes v. Newton*, 2011 SCC 47 : « *hyperlinks were analogous to footnotes since they only refer to another source without repeating it, and since there was no repetition, there was no publication* ».

1194 *Svensson v. Retriever Sverige AB*, C-466/12.

1195 Le « *framing* » est parfois aussi décrit par l'expression « *embedded link* ».

1196 Ce système est parfois intégré dans un outil « *user friendly* » à l'instar de Facebook qui transforme automatiquement les liens provenant de certaines pages sources et notamment YouTube.

1197 Ce contrôle peut s'opérer *a priori* (en limitant l'accès par le biais de paramètres de confidentialité ou de mesures techniques de protection) et *a posteriori* (en effaçant le contenu de la source).

1198 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 23 ; GILLIÉRON (2009 I), p. 769. La Cour Suprême du Canada semble proposer la même solution, même si le cas d'espèce ne traitait pas directement de la question : « *[m]aking reference to the existence and/or location of content by hyperlink or*

par le fait que « l'utilisateur s'approprie le contenu en le faisant sien [et] le met sciemment et délibérément à disposition »[1199].

728. Aux Etats-Unis, une Cour californienne a estimé – en se fondant sur l'aspect technique – que le « *framing* » ne constituait pas une communication au public dans la mesure où le contenu est hébergé sur un autre serveur[1200].

729. En droit européen, la question spécifique du « *framing* » n'a pas encore été tranchée par la CJUE[1201]. En revanche, le BGH s'est déjà prononcé contre une violation du droit exclusif de mise à disposition dans un cas où l'auteur de la première œuvre n'a pas utilisé de moyen technique pour empêcher le « *framing* » en se fondant sur la théorie de la licence implicite[1202]. Dans ce cadre, la licence implicite suppose que lorsqu'un auteur publie une œuvre sur une plateforme Internet qui permet à toute personne de publier celle-ci sur un site Internet tiers[1203], l'auteur consent à ce que l'œuvre initialement publiée fasse l'objet d'un lien ou d'un « *framing* »[1204]. Par ailleurs, dans un arrêt récent[1205] – mais en rapport avec des liens hypertextes[1206] – la CJUE a jugé que la publication d'un lien qui n'étend pas l'accessibilité de l'œuvre à

---

otherwise, without more, is not publication of that content. Only when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually repeats the […] content, should that content be considered to be 'published' by the hyperlinker » (*Crookes v. Newton*, 2011 SCC 47).

1199 GILLIÉRON (2009 I), p. 769.

1200 *Perfect 10 v. Google*, 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006) ; voir également LEMLEY/MENELL/MERGES/SAMUELSON/CARVER, p. 536, à propos de cette affaire : « [c]*onversely, the owner of a computer that does not store and serve the electronic information to a user is not displaying that information, even if such owner in-line links to or frames the electronic information* ».

1201 Voir notamment BGH du 16 mai 2013, I ZR 46/12, qui a soumis à la CJUE la question de savoir si le « *framing* » était contraire à l'art. 3 par. 1 Directive 2001/29 (qui a trait à la communication au public d'une œuvre). La CJUE a répondu à cette question en concluant : « [l]e seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la 'transclusion' ('framing'), telle que celle utilisée dans l'affaire au principal, ne peut pas être qualifié de 'communication au public', au sens de [l'art. 3 par. 1 Directive 2001/29], dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine ».

1202 BGH du 19 octobre 2011, I ZR 140/10.

1203 C'est le cas par exemple de YouTube qui permet de copier le lien hypertexte « standard » vers une vidéo ou un « *embedded link* » ayant pour effet d'afficher directement la vidéo sur le site tiers sans jamais avoir besoin de visiter YouTube.

1204 Pour une présentation plus approfondie de la licence implicite dans le contexte d'Internet et dans une perspective européenne, voir PIHLAJARINNE, p. 710 ss.

1205 *Svensson v. Retriever Sverige AB*, C-466/12.

1206 Bien que ne traitant pas directement du « *framing* », le raisonnement de la CJUE est pertinent dans ce contexte.

un « public nouveau »[1207] ne constitue pas une communication au public et n'est ainsi pas prohibée.

730. En droit suisse, le concept de licence implicite peut également être utilisé pour justifier que le « *framing* » ne soit pas considéré comme une violation du droit exclusif de mise à disposition[1208]. Dans la mesure où l'auteur d'une œuvre choisit de publier une œuvre d'une manière telle que l'accès et la mise à disposition de celle-ci ne sont pas limités (par des mesures techniques de protection ou par des paramètres de confidentialité), il semble en effet absurde de considérer qu'il puisse par la suite empêcher l'affichage de son œuvre par le biais du « *framing* », au même titre qu'il ne peut empêcher tout tiers de publier un lien vers celle-ci.

731. De plus, il convient de s'inspirer du raisonnement de la CJUE[1209] se fondant sur la notion de mise à disposition (*i.e.* communication au public en droit européen) pour l'appliquer en droit suisse. Ainsi, une mise à disposition n'intervient que si le « *framing* » a pour conséquence de rendre disponible l'œuvre en question à un « public nouveau ». Si tel n'est pas le cas, une mise à disposition ne doit pas être retenue dans la mesure où l'œuvre était déjà disponible librement sur Internet[1210].

4. Droit de diffusion et de retransmission

732. L'art. 10 al. 2 *lit*. d et e LDA concerne le droit de diffusion respectivement de retransmission. Le premier cas vise la diffusion « directe » d'une œuvre. Le deuxième porte sur la rediffusion d'une œuvre diffusée au moyen d'un procédé technique.

1207 Selon la CJUE, une communication à un « public nouveau » interviendrait si l'œuvre est publiée sur un site Internet dont l'accès est limité par des mesures techniques de protection. A ce titre, il est permis de penser que la publication d'un lien renvoyant vers (ou affichant) une œuvre publiée sur la page d'un profil privé (*i.e.* dont les paramètres de confidentialité limitent l'accès à cette page aux contacts de l'utilisateur) et qui rend cette dernière visible par un public plus large constitue une mise à disposition.

1208 Il sera intéressant de suivre les développements de la jurisprudence de la CJUE qui est saisie de plusieurs affaires portant sur ces questions ; voir *supra*, note 1201. Il est à noter que la doctrine suisse a déjà fait référence au concept de licence implicite en lien avec la reproduction temporaire d'une œuvre dans la mémoire « *cache* » pour permettre l'affichage de celle-ci sur Internet (voir GILLIERON (2003), N 361 ; WEBER (2001), p. 226).

1209 Dans les affaires *Svensson v. Retriever Sverige AB*, C-466/12 et *Bestwater*, C-348/13.

1210 Dans le même sens en droit allemand : BGH du 16 mai 2013, I ZR 46/12.

733. La diffusion (art. 10 al. 2 *lit*. d LDA) est une « transmission primaire » de l'œuvre[1211]. Elle intervient lorsqu'il y a « transmission simultanée de l'œuvre par des moyens techniques de télécommunication à un nombre indéterminé de personnes »[1212]. Il convient de comprendre cette disposition comme s'appliquant également aux diffusions ayant lieu sur Internet (*webcasting*[1213], *simulcasting*[1214]) – et partant également dans les univers virtuels – lorsque l'utilisateur n'a pas de contrôle sur le moment où il choisit de voir ou d'entendre l'œuvre[1215].

734. La doctrine est partagée sur ce point. Certains auteurs soutiennent l'application de cette disposition uniquement en cas de *simulcasting*, soit lorsque la diffusion sur Internet est accessoire et intervient en même temps qu'une autre diffusion[1216]. Cet argument n'est pas convaincant dans la mesure où, selon la lettre de l'art. 10 al. 2 *lit*. d LDA, la simultanéité de la diffusion n'est pas requise. Le Tribunal fédéral a pourtant récemment jugé que ce « droit vise la transmission simultanée de l'œuvre par des moyens techniques de télécommunication à un nombre indéterminé de personnes [et que les] signaux émis par le satellite constituent une diffusion lorsque les émissions ont été conçues pour le public, qu'elles lui sont destinées et qu'elles sont accessibles au public au moyen d'une installation pouvant être acquise sur le marché sans frais excessifs »[1217]. Retenir cette condition de simultanéité reviendrait à priver les auteurs du droit exclusif de contrôler la diffusion de leur œuvre en direct sur Internet. Dans ce cas, ils ne disposeraient d'aucun droit exclusif puisque la reproduction (celle-ci n'étant

---

1211 TF du 11 octobre 2012, 6B_584/2011 et 6B_156/2012, sic! 2013 p. 144 et 151.

1212 TF du 11 octobre 2012, 6B_584/2011 et 6B_156/2012, sic! 2013 p. 144 et 151 ; voir également BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 26a et CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 36.

1213 Le *webcasting* est une diffusion qui a lieu directement sur Internet (qu'il s'agisse, par exemple, d'un signal de type vidéo (analogue à la télévision) ou d'un signal audio en flux continu ou *webradio* (analogue à la radio)). À titre d'exemple, le groupe de rock irlandais U2 a diffusé un concert en direct sur YouTube et au sein de Second Life (voir http://news.cnet.com/8301-13772_3-10379610-52.html et http://www.youtube.com/ watch?v=K4LE6VBAPd8 pour un extrait du concert dans Second Life (étant noté que la diffusion de la musique avait effectivement lieu en direct, cet extrait étant un enregistrement)).

1214 Le *simulcasting* est une diffusion qui a lieu simultanément par le biais d'une technologie classique de diffusion (*e.g.* radio ou télévision) et sur Internet.

1215 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 36.

1216 BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 26a ; SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 10 N 11.

1217 TF du 11 octobre 2012, 6B_584/2011 et 6B_156/2012, sic! 2013 p. 144 et 151.

que temporaire) et la mise à disposition (qui n'entre en ligne de compte que dans la mesure où l'utilisateur contrôle la lecture de l'œuvre) doivent être écartées.

735. Il semble plus judicieux de retenir comme condition la diffusion à un nombre indéterminé de personnes qui doivent être en mesure de capter cette diffusion sans frais excessifs[1218]. Ce sera le cas d'une diffusion sur Internet (*e.g.* par le biais d'un univers virtuel), une grande majorité des foyers étant équipés d'un ordinateur (le public cible étant alors très large) et l'accès à Internet n'engendrant pas de frais excessifs. Ainsi, l'art. 10 al. 2 *lit*. d LDA est applicable au *webcasting* ainsi qu'au *simulcasting*. Cette solution, fondée sur l'art. 20 UrhG (formulé de façon similaire à l'art. 10 al. 2 *lit*. e LDA[1219]), est d'ailleurs celle retenue en droit allemand[1220].

736. Il y a retransmission (art. 10 al. 2 *lit*. e LDA) lorsqu'un tiers autre que l'organisme de diffusion original retransmet simultanément un programme diffusé par ce dernier[1221]. Ce sera par exemple le cas lorsqu'un tiers qui capte un programme par satellite utilise un appareil pour retransmettre ce signal sur Internet. Il est à noter que, dans cette hypothèse, aucun doute n'est soulevé quant à l'application de cette disposition dans le cadre d'Internet[1222].

5. Droit de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition ou diffusées

737. Le droit exclusif « de faire voir ou entendre des œuvres mises à disposition, diffusées ou retransmises » (art. 10 al. 2 *lit*. f LDA) n'entre pas en ligne de compte dans le cadre de ce travail dans la mesure où celui-ci ne concerne

---

1218 Ces conditions sont soutenues par le Tribunal fédéral (TF du 11 octobre 2012, 6B_584/2011 et 6B_156/2012, sic! 2013 p. 144 et 151) en sus de la condition de simultanéité.

1219 L'art. 20 UrhG dispose en effet que : « *Das Senderecht ist das Recht, das Werk durch Funk, wie Ton- und Fernsehrundfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen* ».

1220 BAUER, p. 17.

1221 TF du 11 octobre 2012, 6B_584/2011 et 6B_156/2012, sic! 2013 p. 144 et 151 ; BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 33 ; CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 39 ; SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 10 N 12.

1222 TF du 11 octobre 2012, 6B_584/2011 et 6B_156/2012, sic! 2013 p. 144 et 151 ; BARRELET/EGLOFF, art. 10 N 33 ; CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 39 ; REHBINDER/UHLIGREHBINDER/VIGANÒ, art. 10 N 21.

que la diffusion d'œuvres en présence physique d'un public[1223]. La diffusion ou la retransmission au sein d'un univers virtuel n'est ainsi susceptible d'entraîner que l'application des articles 10 al. 2 *lit*. c LDA (lorsque l'accès à l'œuvre est « à la demande »)[1224] et 10 al. 2 *lit*. d et e LDA (lorsque l'œuvre est diffusée ou retransmise de façon linéaire, sans que l'utilisateur n'ait un contrôle sur celle-ci)[1225].

B. Droit moral de l'auteur

738. Les droits moraux de l'auteur sont ceux qui protègent sa personnalité[1226]. Le Tribunal fédéral et une partie de la doctrine considèrent qu'ils sont incessibles[1227]. Il faut cependant suivre l'avis de la doctrine majoritaire et considérer que la cession et l'octroi de licences sur les droits moraux de l'auteur sont possibles[1228]. Des restrictions légales peuvent cependant limiter ce principe, notamment l'art. 27 al. 2 CC[1229] et l'art. 11 al. 2 LDA[1230].

739. Ces droits seront brièvement examinés dans le cadre de ce chapitre en mettant l'accent sur les spécificités du champ d'étude de ce travail. Ils comprennent : le droit de paternité (1), le droit de divulgation (2), le droit à l'intégrité (3) et le droit d'accès et la protection contre la destruction (4).

1223 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 48, qui donne comme exemples typiques de cas d'application : celui « du restaurateur qui offre à sa clientèle la possibilité de suivre des émissions télévisées, ou du grand magasin qui permet à sa clientèle d'écouter des émissions musicales radiodiffusées »,

1224 *Supra*, N 721 ss.

1225 *Supra*, N 732 s.

1226 Pour une présentation plus complète du droit moral, voir DE WERRA (1997), N 1 ss.

1227 TF du 1er avril 2010, 4A_638/2009 ; BARRELET/EGLOFF, art. 9 N 7.

1228 VON BÜREN/MEER, p. 235 ; SHK URG-HUG, art. 9 N 10 ; CRPI/LDA-PHILIPPIN, art. 9 N 20 ss et 40 ss.

1229 Cette disposition permet à toute personne de se protéger contre un engagement excessif ; pour une discussion sur l'application de cette disposition dans le cadre des clauses portant sur l'attribution ou l'octroi de licence des droits de propriété intellectuelle afférant au contenu généré par les utilisateurs, voir *supra*, N 372 ss.

1230 Cette disposition consacre le « noyau dur » du droit à l'intégrité, lequel protège l'auteur contre « toute altération de l'œuvre portant atteinte à sa personnalité » même « si un tiers est autorisé par un contrat ou par la loi à modifier l'œuvre ou à l'utiliser pour créer une œuvre dérivée ».

1. Droit de paternité

740. Le droit de paternité, consacré par l'art. 9 al. 1 et 2 LDA, dispose que l'auteur a le droit exclusif de faire reconnaître sa qualité d'auteur et sous quel nom son œuvre sera divulguée. Cela implique qu'il a le droit de choisir s'il souhaite divulguer son œuvre sous son véritable nom ou un pseudonyme ou s'il préfère rester anonyme[1231].

741. Aussi, deux questions principales se posent dans le contexte de la publication du contenu généré par les utilisateurs au sein d'univers virtuels. Est-ce que le droit de paternité de l'auteur est violé si son œuvre ne lui est pas attribuée ? Sous quelle forme l'attribution doit être effectuée ? Avant de répondre à ces questions, il faut noter qu'elles ne seront valables que dans la mesure où le contenu en question généré par l'utilisateur constitue une œuvre[1232] au sens de l'art. 2 al. 1 LDA[1233].

742. La doctrine ne s'est pas penchée de manière très étendue sur le mode d'attribution de l'œuvre à son auteur. Elle relève cependant – dans le cadre de la discussion concernant les droits d'auteurs entrant en ligne de compte lors de l'utilisation de lien hypertexte – que le droit de paternité est applicable également sur Internet[1234]. Ainsi, il est nécessaire de mentionner le nom de l'auteur d'une œuvre publiée dans un univers virtuel au risque de violer le droit de paternité.

743. La question se rapportant au moyen adéquat de mentionner le nom ou le pseudonyme de l'auteur est plus délicate. GILLIERON soutient qu'un lien hypertexte est susceptible de remplir cette fonction d'identification pour les œuvres présentées sur la page Internet en question[1235]. Il précise que le droit de paternité est violé si le lien renvoie directement à une page interne et que les informations sur l'auteur des œuvres présentées se trouvent uniquement sur la page d'accueil[1236]. Cependant, il semble justifié de concevoir le mode

---

1231 SHK URG-HUG, art. 9 N 14 ss ; CRPI/LDA-PHILIPPIN, art. 9 N 13.

1232 Voir BAUER, p. 21.

1233 Pour la définition de la notion d'œuvre, voir *supra*, N 666 ss ; concernant la discussion de la qualité d'œuvre en fonction du type de contenu généré par les utilisateurs, voir *supra*, N 688 ss.

1234 BÜHLER L., p. 332 ; GILLIÉRON (2003), N 424 ; WEBER (2010), p. 307.

1235 GILLIERON (2003), N 424.

1236 GILLIERON (2003), N 424.

d'attribution de la paternité de manière plus large. A cet égard, le critère décisif est que l'œuvre soit identifiable. Cette condition est remplie lorsque la page d'accueil d'un site mentionne l'auteur des œuvres se trouvant sur une autre page du site (lien interne), même si le lien renvoie directement à cette dernière. Dans le contexte des réseaux sociaux et des mondes virtuels, l'attribution de l'œuvre à son auteur pourra se faire de différentes manières[1237], ce qui est déterminant dans le contexte d'Internet est que celui-ci soit identifiable[1238].

744. À titre informatif, on pourra mentionner l'initiative des *Creative Commons*[1239] – qui fournit gratuitement un outil de gestion des licences de droit d'auteur – qui a pour principal objectif de gérer les droits commerciaux sur une œuvre et l'attribution de celle-ci à son auteur[1240]. Ce système est répandu sur Internet et est notamment utilisé par Google, Flickr et Wikimedia[1241].

2. Droit de divulgation

745. L'art. 9 al. 2 LDA dispose que l'auteur « a le droit exclusif de décider si, quand, de quelle manière […] son œuvre sera divulguée ». La divulgation a lieu lorsque l'œuvre est « rendue accessible pour la première fois, par l'auteur ou avec son consentement, à un grand nombre de personnes ne constituant pas un cercle de personnes étroitement liées au sens de l'art. 19, al. 1, let. a [LDA] » (art. 9 al. 3 LDA).

746. La loi sur le droit d'auteur ne prévoit pas que la divulgation doit respecter une forme spécifique[1242]. Celle-ci peut donc avoir lieu par le biais d'un

---

1237 *E.g.* en renvoyant vers la page de l'auteur sur un réseau social (par un lien hypertexte, un « *tag* », un hashtag, etc.) ou, de manière plus traditionnelle, en mentionnant le nom de l'auteur. La référence à un pseudonyme sera suffisante si l'auteur est identifiable par celui-ci. En outre, en cas de *framing* d'une vidéo sur la page d'un réseau social, l'attribution de l'œuvre à l'auteur sera respectée, même sans aucune mention, à condition que l'utilisateur trouve cette information en suivant le lien vers le site Internet qui héberge la vidéo.

1238 BARRELET/EGLOFF, art. 9 N 11, indique que la « manière d'indiquer le nom dépend des usages de la branche ».

1239 Pour une présentation de ce projet, voir *supra*, N 713.

1240 Voir http://creativecommons.org/choose/.

1241 Voir http://creativecommons.org/who-uses-cc.

1242 BARRELET/EGLOFF, Art. 9 N 19.

téléchargement de l'œuvre sur Internet par exemple[1243], sans que cette dernière n'ait effectivement été consultée[1244].

747. Le critère pour déterminer si l'œuvre a été rendue accessible à un grand nombre de personne est celui du contrôle[1245]. Dans le cadre d'un réseau social, on peut se demander si une œuvre doit être considérée comme divulguée lorsque les paramètres de celui-ci sont utilisés de manière à limiter l'accessibilité de l'œuvre au seul réseau de l'utilisateur-auteur. À titre d'exemple, Facebook permet de restreindre la publication du contenu généré par un utilisateur (i) aux personnes figurant dans son réseau, (ii) à un groupe spécifique de personnes ou (iii) uniquement à l'utilisateur en question. Cependant, les utilisateurs dans le réseau de l'utilisateur-auteur ont la faculté de diffuser à leur tour le contenu à une plus grande échelle sans que ceci puisse être contrôlé (sauf en cas d'instructions spécifiques de l'auteur). Partant, la publication d'une œuvre dans un univers virtuel entraîne *ipso facto* sa divulgation au sens de l'art. 9 al. 2 LDA, sous réserve des cas où (i) l'accès à l'œuvre est limité à l'utilisateur-auteur et (ii) l'utilisateur-auteur publie l'œuvre dans un cercle restreint en spécifiant que celle-ci ne doit pas être partagée.

748. Par ailleurs, il est prévu par les conditions générales des univers virtuels que tout contenu généré par les utilisateurs est sujet à une licence d'utilisation en faveur des opérateurs[1246]. Partant, il faut considérer qu'un utilisateur divulgue son œuvre par l'octroi de cette licence, sans égard aux réglages de ses paramètres de confidentialité.

749. Pour la même raison, le téléchargement d'une œuvre sur un réseau social ou un monde virtuel rend celle-ci accessible à un cercle plus étendu que celui des personnes qui sont étroitement liées (au sens de l'art. 19 al. 1 *lit*. a LDA) à l'utilisateur[1247].

1243 CRPI/LDA-PHILIPPIN, art. 9 N 36.

1244 SHK URG-HUG, art. 9 N 29 ; CRPI/LDA-PHILIPPIN, art. 9 N 36. L'art. 9 al. 2 LDA prévoit en effet que l'œuvre doit simplement avoir été « rendue accessible ».

1245 Message LDA 1989, p. 513 ; SHK URG-HUG, art. 9 N 28 ; CRPI/LDA-PHILIPPIN, art. 9 N 34.

1246 Voir *supra*, N 182 ss.

1247 En ce sens, AGUR12, p. 81.

750. Ainsi, le téléchargement d'une œuvre sur un réseau social ou dans un monde virtuel constitue une divulgation dès lors que le contrôle de son accès n'est pas absolu, soit lorsque l'univers virtuel en question est au bénéfice d'une licence d'utilisation sur l'œuvre.

3. Droit à l'intégrité

751. L'art. 11 al. 1 *lit.* a LDA confère à l'auteur le droit exclusif de décider « si, quand et de quelle manière l'œuvre peut être modifiée ». La notion de modification doit être interprétée de façon large, aucun seuil ne devant être dépassé pour que celle-ci soit qualifiée[1248]. Par exemple, la colorisation d'un film noir et blanc est considérée comme une modification et, ainsi, sujette à autorisation de la part de l'auteur. De plus, cette disposition vise autant les modifications directes (portant sur la substance de l'œuvre[1249]) qu'indirectes (lorsque le contexte ou la manière dont l'œuvre est présentée en modifie sa perception par le public[1250])[1251].

752. Bien qu'aucun seuil de gravité de la modification ne soit exigé, celle-ci doit être qualitative. En d'autres termes, lorsque l'œuvre est transformée d'un point de vue purement technique (typiquement lors de l'encodage d'un fichier vidéo ou audio), la doctrine considère qu'il n'y a pas modification au sens de l'art. 11 al. 1 *lit.* a LDA[1252]. PFORTMÜLLER soutient que l'encodage d'un fichier audio WAV en MP3 constitue une altération et entraîne ainsi la modification de l'œuvre au sens de l'art. 11 al. 1 *lit.* a LDA (en raison de la qualité théorique inférieure du format de destination par rapport à celle du fichier original)[1253] alors que ce n'est pas le cas pour l'encodage dans un format similaire[1254]. Cette interprétation de la modification est trop extensive. Selon BARRELET & EGLOFF, il n'y a pas de modification selon le droit d'auteur tant que le caractère individuel – fondement de la protection

---

1248 BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 5 s. ; SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 11 N 3 ; DE WERRA (1997), N 46 ss.

1249 DE WERRA (1997), N 50.

1250 DE WERRA (1997), N 52.

1251 BARRELET/EGLOFF, N 5.

1252 CRPI/LDA-PHILIPPIN, art. 11 N 7 ; BARRELET/EGLOFF, N 6a ; BÜHLER L., p. 158 ; SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 11 N 3 s.

1253 SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 11 N 3.

1254 SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 11 N 4.

– n'est pas modifié[1255]. Partant, il faut retenir que la modification d'une œuvre, liée à la conversion d'un fichier informatique, n'entraînera l'application de l'art. 11 al. 1 *lit*. a LDA que lorsque dite modification est perceptible.

753. À titre d'exemple, si l'on se réfère à l'encodage d'un fichier WAV en MP3, celui-ci doit être assimilé à une modification au sens de l'art. 11 al. 1 *lit*. a LDA uniquement dans la mesure où la qualité audio est diminuée de manière perceptible[1256]. De manière concrète, les réseaux sociaux qui permettent à leurs utilisateurs de partager du contenu utilisent des algorithmes pour encoder chaque fichier téléchargé par ceux-ci (afin de réduire leur impact sur les serveurs). C'est notamment le cas de Facebook et de YouTube qui transforment le format des fichiers vidéo et photo, SoundCloud convertissant les fichiers audio. Dans ces cas, il faut voir au cas par cas si l'opérateur utilise un format de compression de suffisamment bonne qualité pour que l'on considère que l'œuvre n'est pas modifiée.

754. Cette distinction est cependant théorique dans ce contexte dès lors que l'utilisateur – en téléchargeant une œuvre sur une plateforme d'échange (qui offre généralement des outils lui permettant de choisir la qualité voulue pour le fichier de destination[1257]) – donne tacitement son autorisation à la plateforme d'échange lorsqu'il y télécharge une œuvre[1258].

755. L'art. 11 al. 2 LDA – caractérisé par la doctrine en tant que « noyau dur »[1259] du droit à l'intégrité – prévoit que, même si l'auteur donne son accord pour la modification de son œuvre, celui-ci « peut s'opposer à toute altération de

---

1255 BARRELET/EGLOFF, N 6a. Voir également BÜHLER L., p. 218 s.

1256 On peut estimer qu'un fichier audio encodé en MP3 avec un débit binaire équivalent à 128 kbit/s au plus aura une qualité altérée alors qu'aucune altération ne sera perceptible entre 256 et 320 kbit/s (ceci étant le débit maximum possible).

1257 Voir par exemple la procédure de téléchargement de YouTube, lors de laquelle il est intéressant de noter que la qualité supérieure n'est pas susceptible d'altérer l'œuvre alors que la moins bonne aura cette conséquence.

1258 L'autorisation de l'auteur portant sur la modification de son œuvre ne doit pas respecter une forme particulière ; voir notamment BARRELET/EGLOFF, N 7. Il est à noter que les conditions générales de Facebook ne contiennent pas de clause spécifique concernant une autorisation de convertir les fichiers. En revanche, les conditions générales de YouTube prévoient que cet opérateur est autorisé à modifier le contenu créé par les utilisateurs (art. 8.1 (A) ; www.youtube.com/static?template=terms)

1259 Voir notamment BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 13.

l'œuvre portant atteinte à sa personnalité ». Une atteinte à la personnalité de l'auteur implique une modification d'une certaine envergure et marquée d'une empreinte négative[1260]. En ce sens, l'application de cette disposition à l'ère des réseaux sociaux et des univers virtuels ne pose pas de questions particulières[1261], étant entendu que de simples modifications dues à la technique sortent du champ d'application restreint de cette disposition.

4. Droit d'accès et protection contre la destruction

756. Les contrats d'utilisation d'un univers virtuel prévoient généralement que l'opérateur peut clore le compte d'un utilisateur, et ce de façon unilatérale[1262]. Dès lors, il est intéressant de se demander si l'utilisateur qui a été exclu d'un univers virtuel peut soulever un droit moral basé sur l'art. 14 al. 1 ou 15 LDA afin d'obtenir l'accès à – respectivement empêcher la destruction de – une œuvre qu'il aurait téléchargée sur son compte avant que celui-ci n'ait été résilié[1263].

757. L'art. 14 al. 1 LDA garantit à l'auteur d'une œuvre, sous réserve de certaines conditions, d'accéder à son œuvre dans la mesure où cela est indispensable pour exercer son droit d'auteur. L'art. 15 LDA quant à lui protège l'auteur contre la destruction de l'unique exemplaire original de son œuvre.

758. Ces dispositions ayant vocation à s'appliquer dans un contexte matériel[1264] et non virtuel, ce chapitre analysera en premier lieu si une interprétation extensive de celles-ci est permise en examinant en premier lieu la notion,

---

1260 BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 13 ; CRPI/LDA-PHILIPPIN, art. 11 N 26, qui soutient que la portée de cette disposition est limitée « aux altérations gravement nuisibles à l'honneur ou à la réputation de l'auteur ».

1261 Pour plus d'informations sur le « noyau dur » du droit à l'intégrité, le lecteur pourra se référer à DE WERRA (1997), N 118 ss ; pour des exemples, voir CRPI/LDA-PHILIPPIN, art. 11 N 27.

1262 Ceci a été la cause de plusieurs affaires, opposant opérateur et utilisateur, discutées plus haut ; voir notamment les cas américains impliquant le monde virtuel Second Life (*supra*, N 273 ss et N 284 ss) et l'affaire française *Sébastien R. c. Facebook*, arrêt du 23 mars 2012 de la Cour d'appel de Pau 1ère chambre, n° 12-1373.

1263 À titre d'exemple, on peut imaginer un photographe professionnel, utilisateur de Flickr, qui y télécharge ses œuvres photographiques et qui, suite à la potentielle fermeture de son compte par l'opérateur voudrait accéder à celles-ci, respectivement empêcher l'opérateur de les détruire.

1264 Ces dispositions sont en effet rattachées par la doctrine au domaine des arts plastiques (voir notamment CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 14 N 2).

commune à ces dispositions, d'« exemplaire de l'œuvre » (*i*). Ensuite, seront abordées les conditions spécifiques du droit d'accès (*ii*) et de la protection contre la destruction d'une œuvre (*iii*).

i. Exemplaire de l'œuvre

759. Le champ d'application matériel des articles 14 al. 1 et 15 LDA est limité à l'exemplaire d'une œuvre. Ils s'appliquent typiquement dans le domaine des arts plastiques et de la peinture[1265]. Ils visent à garantir que les droits d'auteur peuvent être exercés lorsque l'exemplaire d'une œuvre n'est plus la propriété de l'auteur mais en mains d'un tiers[1266]. *A priori*, ces dispositions ne semblent donc pas être applicables dans le contexte des univers virtuels puisque les œuvres que l'on peut y trouver ne semblent pas directement fixées sur un support à l'instar d'une œuvre d'art plastique ou d'un tableau. Cependant, l'interprétation ci-après de ces dispositions démontrera que rien ne s'oppose à ce qu'elles s'appliquent dans le contexte dématérialisé de l'informatique.

760. La notion d'exemplaire apparaît à de nombreuses reprises dans la LDA[1267] et il ne ressort pas du texte de la loi de lui conférer une signification différente en fonction de l'article au sein duquel elle est mentionnée.

761. Cette notion implique que l'œuvre soit fixée sur un support tangible durable[1268]. Elle doit être comprise largement[1269]. Ainsi, un exemplaire peut être reproduit sur divers supports et de différentes façons, notamment par le téléchargement de celui-ci vers un ordinateur[1270]. Dans ce cas, le disque dur de cet ordinateur constitue le support matériel durable incorporant l'œuvre. En outre, les articles 14 et 15 LDA ne visent pas explicitement un type spécifique d'œuvres ou d'exemplaires. Par conséquent, du point de vue

---

1265 BARRELET/EGLOFF, art. 14 N 1 ; CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 15 N 7.

1266 CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 14 N 3.

1267 Voir notamment les articles 8, 10, 12, 13, 14 et 15 LDA. A propos de l'épuisement du droit de distribution (art. 12 LDA en lien avec l'art. 10 al. 2 *lit.* b LDA), se référer à la thèse de BÖTTCHER.

1268 Voir notamment BÜHLER L., p. 156 ss ; BARRELET D. /EGLOFF W. , art. 10 N 12 ; CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 10.

1269 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 10.

1270 Voir notamment CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 12.

sémantique, l'exemplaire numérique d'une œuvre entre dans le champ d'application de ces dispositions.

762. Du point de vue systématique, les articles 14 al. 1 et 15 LDA se trouvent dans la Section 2 du Chapitre 3 sur l'étendue du droit d'auteur : « Relations entre l'auteur et le propriétaire d'un exemplaire d'une œuvre ». L'art. 12 LDA sur l'épuisement du droit d'auteur se trouve dans la même section. Dans ce cadre, il est admis à juste titre par une partie de la doctrine qu'une œuvre téléchargée « définitivement » sur un ordinateur emporte la mise à disposition de l'exemplaire de l'œuvre[1271]. Le propriétaire du support de destination de l'œuvre (*i.e.* le propriétaire du disque dur) est ainsi réputé être le propriétaire de l'exemplaire de l'œuvre mise à sa disposition. Lorsqu'un utilisateur télécharge une œuvre vers un univers virtuel, celle-ci est enregistrée sur le serveur de ce dernier et, partant, fixée sur un support qui appartient à l'opérateur de l'univers virtuel. Par conséquent, l'interprétation systématique permet également de conclure que les articles 14 et 15 LDA peuvent s'appliquer à des œuvres numériques reproduites sur un support de données.

763. Dans le Message LDA 1984, le Conseil fédéral déclare que ce sont « avant tout les auteurs d'œuvres des arts plastiques n'existant qu'en un seul exemplaire qui courent le danger de ne pas pouvoir exercer leur droit d'auteur parce qu'un tiers possède un droit de propriété sur cet exemplaire »[1272]. Cette citation démontre bien qu'il s'agit d'un exemple et que ce dernier n'est pas exhaustif. Il ressort par ailleurs clairement du texte de la loi, et du Message LDA 1984[1273], que la volonté du législateur est de protéger le droit des auteurs – à certaines conditions – en dépit du droit de propriété d'un tiers propriétaire de l'exemplaire unique de l'œuvre. Ainsi, la formulation générale – *i.e.* pas limitée à un certain type d'exemplaires d'une œuvre[1274] – permet de soutenir que les articles 14 al. 1 et 15 LDA sont

---

1271 CRPI/LDA-PHILIPPIN, art. 12 N 13 et les références citées en note 18 ; dans ce cas, la reproduction (art. 10 al. 2 *lit.* a LDA) est assimilée à la mise à disposition (art. 10 al. 2 *lit.* b LDA).

1272 Message LDA 1984, p. 217.

1273 Message LDA 1984, p. 217.

1274 La précision « unique exemplaire original » de l'art. 15 LDA n'est pas une limite qualitative de l'exemplaire, mais uniquement quantitative.

susceptibles de s'appliquer dans un contexte numérique, sous réserve des conditions examinées ci-après.

ii. Droit d'accès

764. L'art. 14 al. 1 LDA pose comme conditions (i) que l'exemplaire de l'œuvre doit appartenir ou être possédé par un tiers, (ii) que l'accès à cet exemplaire « se révèle indispensable à l'exercice de son droit d'auteur » (il est ici fait référence à tous les droits exclusifs de l'auteur, notamment celui de reproduction[1275]) et (iii) qu'il n'existe aucun intérêt légitime du propriétaire ou du possesseur de l'exemplaire d'en refuser l'accès. Partant, l'art. 14 al. 1 LDA n'exige pas que l'exemplaire de l'œuvre soit unique ou original[1276].

765. Premièrement, dans le scénario visé[1277], le contenu généré par les utilisateurs est en possession de l'opérateur, celui-ci étant stocké sur ses serveurs[1278].

766. Deuxièmement, l'accès est indispensable si l'auteur n'a pas à sa disposition un autre moyen raisonnable[1279] d'exercer son droit. Ceci est le cas (rare en pratique) si l'exemplaire stocké sur les serveurs de la plateforme est unique ou original, *i.e.* s'il n'en existe pas d'autres copies, notamment en possession de l'auteur[1280]. En revanche, si cette œuvre a été partagée dans l'univers virtuel et que son auteur peut en retrouver une copie de même

---

1275 CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 14 N 9.

1276 RIGAMONTI, p. 315 ; voir également HILTY (2011), N 204, qui soutient que ce qui est déterminant n'est pas que l'exemplaire de l'œuvre soit unique, mais que l'accès à celle-ci soit indispensable.

1277 *Supra*, N 756.

1278 *Supra*, N 762.

1279 Dans ce cadre, la question du seuil à partir duquel un effort doit être considéré comme déraisonnable peut être discutée. Il semble cependant que, dans la mesure où l'atteinte au droit de propriété du propriétaire de l'exemplaire de l'œuvre est minime – contrairement au propriétaire d'une œuvre d'art, l'opérateur ne doit pas ouvrir ses portes aux utilisateurs qui souhaitent obtenir un accès à leur œuvre mais « simplement » leur mettre à disposition un fichier informatique – ce seuil doit être bas de manière à ce que les auteurs n'aient pas besoin d'effectuer des recherches approfondies et/ou de contacter chaque contact qu'ils avaient au sein de l'univers virtuel avant de pouvoir s'adresser directement à l'opérateur pour obtenir une copie de leur œuvre. En revanche, si une simple recherche sur Internet suffit à l'auteur pour obtenir une copie de son œuvre, ce seuil ne sera pas dépassé.

1280 BARRELET/EGLOFF, art. 14 N 5 ; CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 14 N 10. Si l'auteur peut accéder à un autre exemplaire de son œuvre sans trop de difficultés (*e.g.* si d'autres copies sont accessibles), cette condition ne sera pas remplie.

qualité[1281] et la télécharger sans déployer des moyens déraisonnables, cette condition ne sera pas remplie.

767. Enfin, la condition de l'intérêt légitime suppose une pondération des intérêts du propriétaire ou du possesseur d'une part et, d'autre part, celui de l'auteur de l'œuvre d'exercer son droit[1282]. Les exemples de l'intérêt légitime du possesseur ou du propriétaire de l'exemplaire de l'œuvre donnés par la doctrine ne sont pas applicables dans un contexte numérique[1283]. L'opérateur d'un réseau social ou d'un monde virtuel pourrait argumenter que les coûts engendrés par l'octroi d'un accès à l'exemplaire d'une œuvre constituent un intérêt légitime. Cependant, ces coûts étant minimes, il paraît injustifié de tenir cette objection comme bien fondée à l'aune de l'art. 14 al. 1 LDA[1284].

768. En tous les cas, le droit d'accès prévu par la LDA ne doit pas empêcher la fermeture des comptes-utilisateurs par l'opérateur. La résiliation d'un compte doit plutôt être vue comme un évènement susceptible de conférer à l'auteur le droit d'invoquer l'art. 14 al. 1 LDA. En effet, l'accès à l'exemplaire d'une œuvre n'étant pas indispensable tant que son compte est accessible[1285], l'auteur ne sera pas fondé à invoquer l'art. 14 al. 1 LDA lorsqu'il est utilisateur d'un univers virtuel. En revanche, lorsqu'un compte est fermé, l'utilisateur doit pouvoir requérir de l'opérateur de la plateforme

---

1281 S'il s'agit d'une photographie, par exemple, et que la copie à disposition de l'auteur sans déployer des moyens déraisonnables n'est pas assez bonne (*e.g.* une copie en basse résolution qui ne pourrait pas être utilisée pour une impression sur papier), l'accès à la copie sur le serveur est indispensable à l'auteur pour exercer son droit de reproduction ; voir CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 14 N 10, par analogie : « [m]ais on peut aussi estimer valable l'invocation du droit d'accès auprès du détenteur du dernier état, ou des états antérieurs dont certaines parties ne sont pas au final publiées, par exemple, d'un manuscrit dont l'auteur a malencontreusement détruit la version qu'il aimerait réutiliser pour un autre travail ».

1282 CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 14 N 10.

1283 Voir par exemple BARRELET/EGLOFF, art. 14 N 5 qui mentionnent les exemples suivants : « [o]n peut considérer comme légitime 1'intérêt de ne pas être dérangé à un moment indu ou par des méthodes de travail qui mettent la maison sens dessus dessous. Est également légitime l'intérêt de préserver l'œuvre de toute altération ; l'intérêt de ne pas voir se créer une œuvre dérivée dans le cas où, par contrat, le propriétaire s'est réservé ce droit sur l'œuvre ; l'intérêt de ne pas voir son portrait, commandé naguère au peintre, soudain reproduit ».

1284 Voir les exemples exigeants d'intérêt prépondérant cités par CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 14 N 11.

1285 En effet, si le compte de l'utilisateur est accessible, celui-ci pourra accéder à tous les contenus qu'il y aura téléchargés.

une copie des œuvres qui figuraient sur celui-ci[1286]. En pratique, cela signifie que l'opérateur doit mettre à disposition de l'auteur une copie du fichier qui incorpore l'œuvre requise.

769. Par ailleurs, un auteur peut valablement renoncer à l'exercice de ce droit par avance[1287]. Ceci peut être fait dans le cadre d'un contrat d'utilisation d'un univers virtuel[1288].

iii. Protection en cas de destruction

770. Le scénario envisagé dans ce chapitre est celui où un compte-utilisateur est résilié et où les copies du contenu lié à ce compte – *i.e.* potentiellement des œuvres au sens du droit d'auteur – sont (ou vont être) détruites[1289].

771. Le champ d'application objectif de l'art. 15 LDA est un peu plus limité que celui de l'art. 14 al. 1 LDA en ce qu'il pose que l'exemplaire doit être unique et original[1290].

772. Pratiquement, le caractère original d'un exemplaire numérique d'une œuvre présente sur un réseau social ou un monde virtuel peut être exclu dans la majorité des cas. En effet, l'œuvre est généralement téléchargée sur la plateforme en question depuis la machine de l'utilisateur et une copie est automatiquement créée à cet effet : l'œuvre originale est celle qui se trouve sur la machine de l'utilisateur.

1286 L'utilité d'exercer ce droit peut paraître limitée dans un univers virtuel de type Second Life dans la mesure où les biens virtuels complexes (à l'exclusion des autres contenus tels que les images ou les vidéos) qui s'y trouvent ne sont compatibles qu'au sein de ce monde virtuel. Ainsi, l'utilisateur récupérerait des données illisibles – ou à tout le moins inutilisables – et qui n'auront aucun intérêt respectivement aucune valeur en dehors de Second Life. Cependant, l'utilisateur de ce monde virtuel (en suivant l'exemple précédent) connaît ce risque lorsqu'il créé un bien virtuel qui a pour seule destination d'être utilisé au sein de Second Life. Il paraît ainsi justifié qu'il le supporte. La question de la fermeture abusive d'un compte-utilisateur doit être séparée de cette question de perte de valeur du bien virtuel. Dans ce cadre, les moyens de droit contractuel sont plus adaptés.

1287 BARRELET/EGLOFF, art. 14 N 2 ; CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 14 N 4. Selon ces premiers auteurs, la renonciation doit être « clairement définie ». Dans un contrat, il faut admettre que la renonciation doit être explicite.

1288 Il est à noter qu'aucun contrat d'utilisation d'un univers virtuel analysé ne comporte une telle renonciation.

1289 Cela peut être le cas notamment lorsque le cycle de sauvegarde atteint son terme, les opérateurs ne gardant pas les données et fichiers des utilisateurs indéfiniment.

1290 Voir notamment RIGAMONTI, p. 333 s., pour une interprétation littérale comparative (entre la version allemande, italienne et française) de cette disposition.

773. En revanche, les œuvres qui sont créées directement au sein d'un réseau social ou d'un monde virtuel (à l'instar des biens virtuels qu'il est possible de créer dans Second Life[1291] ou des œuvres en lien avec du texte entré directement dans l'univers virtuel[1292]) sont originales.

774. Contrairement à l'art. 14 al. 1 LDA, l'art. 15 LDA met à la charge du propriétaire d'offrir à l'auteur de « reprendre » l'exemplaire de l'œuvre lorsqu'il doit admettre que l'auteur a un intérêt légitime à la conservation de cet exemplaire[1293]. Une partie de la doctrine considère que l'intérêt légitime doit être interprété de manière large[1294]. RENOLD & CONTEL, en revanche, soutiennent que la condition de l'intérêt légitime ne sera remplie « que si le propriétaire peut présumer à partir d'un faisceau d'indices que le lien […] est bien effectif »[1295], notamment si l'auteur a exercé son droit d'accès[1296].

775. Dans le cadre des univers virtuels, il sera pratiquement très difficile pour un opérateur de présumer le lien qu'un utilisateur-auteur a avec son œuvre dans la mesure où il n'a vraisemblablement même pas connaissance du fait qu'il se trouve en possession d'œuvres. De plus, eu égard au fait que les opérateurs ne garantissent pas la conservation des données sur leurs serveurs[1297], aucun intérêt légitime des utilisateurs-auteurs ne doit être retenu dans le contexte des univers virtuels. En effet, en créant une œuvre dont le seul exemplaire est matérialisé sur un serveur sur lequel ils n'ont aucun contrôle et aucune garantie de sauvegarde, les auteurs prennent le risque que l'œuvre en question soit détruite.

1291 Ce peut être également le cas dans le contexte du « *cloud computing* » sur les plateformes (tel que Google Docs) qui mettent à disposition des utilisateurs des outils leur permettant de créer des œuvres (*e.g.* littéraires) directement au sein de la plateforme sans qu'une copie ne soit localement enregistrée sur la machine de l'utilisateur.

1292 Voir *supra*, N 688 ss.

1293 CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 15 N 8.

1294 BARRELET/EGLOFF, art. 15 N 2 ; DESSEMONTET (1999), N 304.

1295 CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 15 N 8, note 10.

1296 CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 15 N 9. Les autres indices cités par la doctrine suggèrent une connaissance de l'auteur et de l'œuvre, ce qui n'est pas praticable pour les opérateurs d'univers virtuels ; voir notamment BARRELET/EGLOFF, art. 15 N 2 ; CRPI/LDA-RENOLD/CONTEL, art. 15 N 9.

1297 Voir *supra*, N 152 ; voir en particulier l'art. 1.5 Second Life ToS qui stipule *in fine* : « *[you] agree that in the event of data loss, we will not be liable for any purported damage or harm arising therefrom* ».

776. Par conséquent, il convient d'écarter l'application de l'art. 15 LDA dans le cadre des exemplaires d'œuvres qui sont matérialisées sur les serveurs des univers virtuels[1298].

C. Exceptions au droit d'auteur

777. À l'instar des droits exclusifs[1299], les exceptions au droit d'auteur sont formulées de façon technologiquement neutre et ne se rapportent pas spécifiquement à Internet, sauf exceptions[1300]. Un tiers remplissant les conditions d'une exception au droit d'auteur pourra utiliser une œuvre sans l'accord de celui-ci, dans les limites de ce qui est prévu par la loi. Les restrictions au droit d'auteur représentent ainsi une balance des intérêts entre le droit de propriété des titulaires et l'intérêt public à autoriser certaines utilisations par des tiers[1301]. La doctrine est partagée quant à la question de savoir si les exceptions au droit d'auteur sont de nature impérative[1302], *i.e.* si une dérogation à une restriction est possible par contrat[1303]. Il convient de suivre l'avis du Tribunal fédéral dans l'ATF 127 III 26 – qui a jugé que l'exception de l'art. 26 LDA pour la reproduction d'œuvres dans des catalogues de musées était de nature impérative – et d'en appliquer les conclusions de manière générale aux autres exceptions du droit d'auteur[1304].

1298 Il faut relever que si la condition de l'intérêt légitime est remplie – du fait que le titulaire du droit d'auteur a exercé son droit d'accès (voir *supra*, N 774 *in fine*) – une application de l'art. 15 LDA sera sans intérêt dans la mesure où le titulaire aura déjà obtenu une copie de son œuvre par ce biais. Si le titulaire n'a pas obtenu la copie de son œuvre au terme de l'art. 14 LDA et que, par exemple, l'œuvre est détruite par la suite, le titulaire disposera d'une action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 62 al. 2 LDA.

1299 Sous réserve de l'art. 10 al. 2 *lit.* c *in fine* LDA introduit lors de la dernière révision de cette loi et qui vise particulièrement une utilisation faite sur Internet (voir CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 10 N 22).

1300 Voir les articles 24 et 24a LDA, *infra*, N 801 ss et N 804 ss.

1301 CRPI/LDA-RUEDIN, intro art. 19-28 N 3.

1302 Voir notamment CRPI/LDA-RUEDIN, intro art. 19-28 N 9, et les références citées en notes 26 et 27.

1303 L'exemple mentionné *supra*, N 174, concerne par exemple la décompilation de logiciel.

1304 Voir notamment BARRELET/EGLOFF, art. 19 N 2a et CRPI/LDA-RUEDIN, intro art. 19-28 N 9.

778. Le fondement international des restrictions au droit d'auteur est ancré aux articles 9 ch. 2 CB[1305] et 13 ADPIC – qui reprend le test de l'art. 9 ch. 2 CB mais en le rendant applicable à toutes les exceptions au droit d'auteur[1306]. Ces dispositions prévoient un « triple test » selon lequel les États parties à ces conventions peuvent prévoir des exceptions aux droits exclusifs des auteurs que dans la mesure où (1) elles ne concernent que certains cas spéciaux, (2) elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et (3) elles ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit (art. 13 ADPIC). La Suisse étant partie à ces deux conventions, les articles prévoyant des exceptions au droit d'auteur doivent respecter ces dispositions et ils doivent être interprétés conformément au droit international[1307].

779. En novembre 2011, le Conseil fédéral a jugé que le droit d'auteur suisse était armé pour faire face aux nouveaux défis posés par Internet[1308]. Cependant, en 2012, un groupe de travail (AGUR12) a été constitué pour trouver des « solutions innovantes » permettant à la loi sur le droit d'auteur d'être adaptée à l'évolution rapide des technologies de l'information[1309]. Il y sera fait référence dans ce chapitre en tant qu'il contient quelques éléments relatifs aux exceptions au droit d'auteur. Ces exceptions seront également discutées et des solutions seront proposées notamment en s'inspirant des récents développements de la jurisprudence et des lois étrangères.

1305 Cette disposition n'instaure une exception au droit d'auteur qu'en relation avec le droit de reproduction prévu à l'art. 9 ch. 1 CB.

1306 BARRELET/EGLOFF, art. 19 N 1a ; CRPI/LDA-RUEDIN, intro art. 19-28 N 5.

1307 Voir notamment ATF 133 II 263, JdT 2007 I 146.

1308 Voir le communiqué du Département fédéral de justice et police du 30 novembre 2011 « Violations de droits d'auteur sur Internet : le cadre juridique actuel est suffisant » (http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=42415). Celui-ci indique qu' « Internet a profondément modifié notre façon de consommer de la musique, des films et des jeux informatiques. Ces nouvelles habitudes ne devraient toutefois pas avoir de conséquences négatives sur la création culturelle. Le cadre juridique actuel permet de répondre de manière adéquate au problème des utilisations illicites d'œuvres. Il n'y a donc pas lieu de prendre des mesures législatives ».

1309 Voir le communiqué du Département fédéral de la justice du 8 octobre 2012 « Droit d'auteur et internet : première séance du groupe de travail » (http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2012/2012-10-08.html).

780. Outre Atlantique, une révision de la Loi canadienne sur le droit d'auteur est entrée en vigueur le 7 novembre 2012[1310]. Celle-ci a pour but de « mettre à jour les droits et les mesures de protection dont bénéficient les titulaires du droit d'auteur […] afin de mieux tenir compte des défis et des possibilités créés par Internet [notamment en permettant] aux consommateurs de faire certains usages de matériel protégé par le droit d'auteur »[1311]. Remarquablement, la LMDA introduit, en son article 29.21, une nouvelle exception visant à rendre licite le partage par le biais d'un intermédiaire[1312] des contenus générés par les utilisateurs qui utilisent une œuvre préexistante modifiée à quatre conditions : (1) l'utilisation n'est pas commerciale, (2) l'œuvre doit être attribuée à son auteur si cela est possible, (3) l'utilisateur de bonne foi pense que la source est licite et (4) aucun effet négatif important n'entrave l'exploitation de l'œuvre par son ayant droit. Ainsi, cette nouvelle disposition (familièrement surnommée « clause YouTube ») appréhende, par exemple, la publication de vidéos qui reprennent diverses œuvres existantes pour en créer une nouvelle (*mashups*) ou qui utilisent une œuvre musicale préexistante en tant que fond sonore[1313] (ces utilisations entrant dans la catégorie des œuvres dérivées au sens de l'art. 3 LDA). Malgré le fait que certaines de ces conditions devront être précisées par les tribunaux – notamment les notions d'utilisation non commerciale (quid des revenus publicitaires encaissés par les opérateurs de plateforme de partage par exemple ?[1314]), de la possibilité d'attribuer l'œuvre à son auteur[1315] et le

---

1310 Loi sur la modernisation du droit d'auteur modifiant la Loi sur le droit d'auteur, Lois du Canada (2012), Chapitre 20, sanctionnée le 29 juin 2012, Projet de loi C-11 (disponible à l'adresse suivante : http://laws-lois.justice.gc.ca/ PDF/2012_20.pdf).

1311 Voir le sommaire de la LMDA, *lit.* a et e.

1312 L'intermédiaire est défini comme une « personne ou entité qui fournit régulièrement un espace ou des moyens pour permettre au public de voir ou d'écouter des œuvres ou d'autres objets du droit d'auteur » (art. 29.21 al. 2 LMDA) ; comprenant ainsi notamment les univers virtuels.

1313 Pour un aperçu, voir l'article de PATTERSON/MCDONALD.

1314 L'art. 29.21 al. 1 *lit.* a LMDA prévoit que « la nouvelle œuvre ou le nouvel objet n'est utilisé qu'à des fins non commerciales, ou l'autorisation de le diffuser n'est donnée qu'à de telles fins ». Une société comme Google (dont YouTube est une filiale) tire, directement ou indirectement, des revenus publicitaires de chaque visite sur son site. Si cela devait être considéré comme une utilisation commerciale, cette exception resterait sans effet. En revanche, lorsque le revenu publicitaire est direct – *i.e.* lorsqu'un clic sur un lien apparaissant directement sur la vidéo publiée par l'utilisateur rapporte une somme d'argent (qui peut être partagée entre Google et l'utilisateur) – la question de l'utilisation commerciale sera aisément tranchée de façon positive.

1315 Art. 29.21 al. 1 *lit.* b LMDA.

seuil d'importance de l'entrave à l'exploitation de l'œuvre[1316] – la révision de la loi sur le droit d'auteur canadien est la bienvenue, même si le cercle des titulaires de droits d'auteur s'inquiètent de la mise en œuvre de l'art. 29.21 LMDA[1317]. Il sied également de relever qu'une mouvance de la doctrine américaine a, depuis quelques années, milité pour assouplir le droit d'auteur – notamment en étendant la portée du *fair use*[1318] – en conséquence de la tendance des consommateurs-créateurs[1319].

781. Les exceptions pertinentes dans le contexte des réseaux sociaux et des mondes virtuels prévues par le droit d'auteur suisse seront analysées ci-après : l'usage privé (1), les parodies (2), l'archivage et les copies de sécurité (3) et la reproduction provisoire (4)[1320].

1. Usage privé

782. L'usage privé d'une œuvre protégée par le droit d'auteur est autorisé aux conditions de l'art. 19 LDA[1321]. Cette disposition concerne tous les types d'œuvres, à l'exclusion des logiciels (art. 19 al. 4 LDA). Ainsi, le droit

---

1316 Art. 29.21 al. 1 *lit*. d LMDA

1317 Voir notamment l'article de PATTERSON/MCDONALD.

1318 Le droit américain adopte une approche différente de l'approche suisse en terme de restrictions au droit d'auteur. Le *fair use* (prévu à l'art. 17 U.S.C. § 107) est une règle générale instaurant un test reposant sur quatre facteurs équivalant au « triple test » ; la jurisprudence étant chargée de se déterminer sur les cas particuliers d'application. Cette disposition prévoit que : « *[i]n determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include :*

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work ».

Il est à noter que des dispositions visant à limiter les droits d'auteurs dans des cas spécifiques ont été introduites dans le titre 17 U.S.C. et comportent des règles particulières (voir les articles 17 U.S.C. § 108-112 concernant notamment les reproductions d'archives (17 U.S.C. § 108)).

1319 Voir notamment LESSIG (2005) et LESSIG (2009).

1320 Les exceptions relatives aux citations et aux comptes rendus d'actualités (art. 25 LDA) et concernant les œuvres accessibles au public (art. 27 LDA) ne seront pas examinées dans ce chapitre en ce qu'elles ne sont pas topiques. L'art. 25 LDA est une exception qui a vocation à s'appliquer de manière générale. Quant à l'art. 27 LDA, il ne s'appliquera pas dans un environnement numérique, même si les œuvres publiées sur Internet sont accessibles au public ; la disposition visant uniquement celles qui sont visibles depuis la voie publique.

1321 L'art. 20 LDA, qui traite de la rémunération due en cas d'usage privé selon l'art. 19 LDA, ne sera pas discuté ici.

exclusif relatif à l'élément de programmation des biens virtuels[1322] – qui est protégé par la LDA en tant que logiciel – ne saurait être limité par l'art. 19 LDA. Une analyse générale de cette disposition sera donnée (*i*) avant de se focaliser plus spécifiquement sur l'usage privé sur Internet, avec une attention particulière sur l'usage au sein de réseaux sociaux et de mondes virtuels (*ii*).

i. En général

783. L'usage privé est une expression trompeuse en ce qu'il comprend non seulement l'usage à des fins privées (art. 19 al. 1 *lit*. a LDA), mais également l'usage pédagogique (art. 19 al. 1 *lit*. b LDA) et l'usage au sein d'une entreprise (art. 19 al. 1 *lit*. c LDA)[1323]. Seul l'usage privé au sens strict (celui de l'art. 19 al. 1 *lit*. a LDA) sera analysé dans le cadre de ce chapitre[1324].

784. L'art. 19 al. 1 *lit*. a LDA définit l'usage privé comme « toute utilisation à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées, tels des parents ou des amis ». Une utilisation dans ce cadre est autorisée lorsque l'œuvre en question a été divulguée (art. 19 al. 1 *in limine* LDA).

785. Une œuvre est divulguée lorsqu'elle est « rendue accessible pour la première fois, par l'auteur ou avec son consentement, à un grand nombre de personnes ne constituant pas un cercle de personnes étroitement liées au sens de l'art. 19, al. 1, let. a [LDA] » (art. 9 al. 3 LDA). Il a été établi que ce peut être le cas notamment lorsqu'une œuvre est téléchargée (*upload*) sur Internet[1325].

786. Pour être licite, l'usage de l'œuvre divulguée doit être effectué à des fins personnelles ou dans un cercle de personnes étroitement liées. Cela

---

1322 À titre de rappel, les biens virtuels sont composés d'un élément de programmation, lequel peut être accompagné d'un autre élément (*e.g.* image, son ou vidéo) ; voir *supra*, N 700 ss.

1323 Certains auteurs parlent ainsi d'usage non commercial. Voir BARRELET/EGLOFF, art. 19 N 6 ; CRPI/LDA-RUEDIN, art. 19 N 14.

1324 En effet, les deux autres types d'usages non commerciaux ne posent pas de questions particulières dans le cadre de cette étude.

1325 Voir *supra*, N 745 ss.

implique que cette exception ne peut être soulevée que par une personne physique[1326].

787. L'utilisation d'une œuvre à des fins personnelles est celle qui est faite exclusivement pour soi et par ses propres moyens[1327].

788. Le cercle de personnes étroitement liées doit être interprété de façon stricte[1328]. À la lettre de la loi, il s'agit par exemple de parents ou d'amis. Ainsi, les membres d'une famille, les personnes vivant sous le même toit et les amis proches sont considérés comme tels[1329]. Afin de satisfaire à cette condition de l'art. 19 al. 1 *lit*. a LDA, le cercle des amis doit être restreint et ne peut être composé au hasard, même si ces personnes sont réunies par un élément commun (*e.g.* soirée d'entreprise, réunion de membres d'une même association ou d'une congrégation)[1330]. Par ailleurs, le « simple fait que l'accès à une manifestation soit réservé à des invités ou limité d'une autre manière, il ne permet pas de conclure à l'existence d'un cercle de personnes étroitement liées »[1331]. Les circonstances de chaque cas d'espèce doivent être prises en considération pour déterminer l'application de l'art. 19 al. 1 *lit*. a LDA[1332].

ii. Sur Internet

789. Toutes les utilisations d'œuvres au sens de l'art. 10 LDA sont visées par l'exception d'usage privé[1333]. Ainsi, l'usage privé d'une œuvre sur Internet est possible, notamment le partage d'œuvres par email lorsque les destinataires sont compris dans le cercle des personnes étroitement liées[1334].

790. Est-ce que le partage d'une œuvre avec ses contacts est possible dans le cadre spécifique des réseaux sociaux ? La question est autre que celle de la

---

1326 Voir notamment CHERPILLOD (2014 II), N 772 et CRPI/LDA-RUEDIN, art. 19 N 17.

1327 CHERPILLOD (2014 II), N 773 ; CRPI/LDA-RUEDIN, art. 19 N 17.

1328 CHERPILLOD (2014 II), N 772 ss ; SHK URG-GASSER, art. 19 N 7 ; CRPI/LDA-RUEDIN, art. 19 N 21.

1329 Voir notamment CRPI/LDA-RUEDIN, art. 19 N 21 ss.

1330 BARRELET/EGLOFF, art. 19 N 8 ; GASSER, p. 56 ss ; CRPI/LDA-RUEDIN, art. 19 N 25.

1331 CRPI/LDA-RUEDIN, art. 19 N 27 ; voir également GASSER, p. 59.

1332 CRPI/LDA-RUEDIN, art. 19 N 27 ; voir également GASSER, p. 60.

1333 Pour plus d'informations sur ces utilisations, se référer au chapitre concernant les droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre, *supra*, N 710 ss.

1334 BÜHLER L., p. 255 ss ; CHERPILLOD (2014 II), p. 254 ss ; CRPI/LDA-RUEDIN, art. 19 N 49 ss.

publication d'une œuvre sur un site Internet accessible à tous, les destinataires pouvant généralement être sélectionnés (*e.g.* sur Facebook, YouTube, Google+, Flickr). La question doit alors être résolue selon les mêmes critères que si l'utilisation a lieu dans le monde réel. Les destinataires de l'œuvre partagée seront ainsi soumis au test du cercle des personnes étroitement liées.

791. Par exemple, le partage d'une œuvre avec tous les contacts d'un utilisateur d'un réseau social doit être jugé comme dépassant le cercle des personnes étroitement liées ; ceux-ci ne pouvant, de manière générale, pas être qualifiés d'amis proches[1335]. Cependant, il est important de préciser que ceci n'est qu'une présomption de fait et il faudra déterminer, de cas en cas, le statut de chaque personne avec qui une œuvre a été partagée. En revanche, lorsqu'une œuvre est sélectivement partagée avec une partie des contacts d'un utilisateur – qui sont compris dans le cercle des personnes étroitement liées – l'exception de l'art. 19 al. 1 *lit.* a LDA sera applicable. À ce titre, on ne peut retenir le même critère de contrôle sur l'œuvre, lequel était déterminant dans l'appréciation de la divulgation d'une œuvre au sein d'un réseau social[1336]. Par ailleurs, il faut relever que le fait que le téléchargement d'une œuvre sur un réseau social la rende accessible à l'opérateur (ou ses employés) n'est pas décisif[1337].

792. Ainsi, ce n'est que dans de rares cas – *i.e.* lorsque l'œuvre n'est partagée qu'au sein d'un cercle de personnes étroitement liées – que l'art. 19 al. 1 *lit.* a LDA trouvera à s'appliquer.

793. Dans la majorité des cas, les utilisations d'œuvres dans les univers virtuels (*e.g.* l'ajout d'une bande sonore à une vidéo personnelle) n'entravent pas l'exploitation de l'œuvre et ne sont pas effectuées dans un but commercial. Cependant, *de lege lata*, la condition de l'utilisation dans un cercle de

---

1335 En ce sens, voir AGUR12, p. 81.

1336 *Supra*, N 747.

1337 La doctrine soutient que le fait qu'un tiers soit présent lors d'une manifestation où des œuvres sont partagées dans un but précis et que celui-ci est rémunéré (*e.g.* un service de restauration) n'est pas un critère suffisant pour écarter l'application de l'art. 19 al. 1 *lit.* a LDA (BARRELET/EGLOFF, art. 19 N 9 ; GASSER, p. 60 ; CRPI/LDA-RUEDIN, art. 19 N 26). Il est justifié d'étendre cet exemple lorsque le tiers (l'opérateur du réseau social *in casu*) n'est pas rémunéré, mais est un intermédiaire techniquement nécessaire au partage de l'information.

personnes étroitement liées sera rarement réalisée[1338]. Partant, de telles utilisations nécessiteront le plus souvent d'obtenir l'autorisation du titulaire de droit d'auteur, sous réserve des utilisations qui constituent un usage parodique[1339].

794. *De lege ferenda*, il serait judicieux que le législateur suisse s'inspire de l'exception introduite dans le droit d'auteur canadien[1340]. À ce titre, les quatre conditions cumulatives requises par la disposition canadienne semblent tenir compte de façon idéale des intérêts en présence, soit l'intérêt des auteurs d'exploiter leurs œuvres commercialement et l'intérêt du public en général à pouvoir utiliser des œuvres dans un cadre limité notamment par le dessein non commercial de l'utilisation.

795. Du point de vue systématique et légistique, on peut se demander s'il est préférable de modifier une disposition (*i.e.* l'art. 19 LDA traitant de l'usage privé ou l'art. 3 LDA portant sur les œuvres dérivées) ou d'introduire une nouvelle exception par hypothèse dans le Chapitre 5 (Titre 2) de la LDA qui concerne les restrictions au droit d'auteur.

796. L'art. 19 LDA est une exception définie par le comportement de l'utilisateur et du cercle des personnes destinataires. L'articulation de l'exception pour l'usage privé (art. 19 et 20 LDA) est déjà assez complexe[1341] et il n'est pas souhaitable de modifier cette disposition de manière fondamentale – la balance des intérêts des titulaires de droit d'auteur et des tiers étant satisfaisante en l'état. L'introduction d'un nouvel alinéa à l'art. 3 LDA est une autre approche envisageable dans la mesure où cette exception concerne l'objet de cette disposition (*i.e.* l'œuvre dérivée). Cependant, du point de vue systématique, l'adoption d'une nouvelle disposition – basée sur la formulation de la disposition canadienne[1342] – dans le Chapitre 5 (Titre 2) de

---

1338 Voir *supra*, N 790 ss.

1339 Voir *infra*, N 797.

1340 Voir *supra*, N 780.

1341 Voir notamment CRPI/LDA-RUEDIN, art. 19 N 2 ss.

1342 Voir *supra*, N 780. Bien que l'art. 29.21 al. 2 LMDA comporte des notions indéterminées, ces dernières sont inévitables pour garantir une application de la loi à long terme, sans égard aux évolutions de la technique et de la pratique des utilisateurs d'Internet. Il appartiendra ainsi au juge de délimiter cette exception de manière plus précise.

la LDA est la meilleure solution en ce que cette exception serait ainsi groupée avec les autres[1343].

2. Parodies

797. Certaines utilisations d'œuvre dans les univers virtuels sont susceptibles de tomber sous le coup de l'exception de parodie et d'imitation analogue (art. 11 al. 3 LDA)[1344].

798. L'art. 11 al. 3 LDA dispose que l'« utilisation d'œuvres existantes pour la création de parodies ou d'imitations analogues est licite ». La formulation de cette disposition est plus simple que la proposition basée sur l'art. 29.21 al. 2 LMDA, mais son champ d'application est beaucoup plus restreint. En effet, l'adaptation de l'œuvre originale[1345] doit être qualifiée de parodie ou d'imitation analogue.

799. La première condition suppose que la parodie est une œuvre dérivée[1346]. En ce sens, elle doit suffisamment se distinguer de l'œuvre originaire pour bénéficier de la protection[1347] et ainsi remplir les conditions de protection de l'œuvre posées par l'art. 2 LDA, notamment l'individualité[1348]. La deuxième condition est celle de la qualification de parodie ou d'imitation analogue. Le Conseil fédéral a précisé que cette disposition vise à protéger « la satire, c'est-à-dire la représentation burlesque d'une œuvre existante à des fins de critique »[1349]. Néanmoins, c'est l'aspect humoristique de l'utilisation de l'œuvre originaire qui est déterminant[1350].

1343 À ce titre, il peut être relevé que l'exception de parodie aurait également pu être intégrée dans le chapitre 5 de la LDA.

1344 Dans le contexte plus général d'Internet, voir GILLIERON (2009 I), p. 768.

1345 DE WERRA (1997), N 125.

1346 CRPI/LDA-PHILIPPIN, art. 11 N 31 ; DE WERRA (1997), N 125.

1347 DE WERRA (1997), N 125.

1348 GILLIERON (2009 I), p. 768.

1349 Message LDA 1989, p. 515.

1350 BARRELET/EGLOFF, art. 11 N 17 ; SHK URG-PFORTMÜLLER, art. 11 N 10 ; CRPI/LDA-PHILIPPIN, art. 11 N 30 ; DE WERRA (1997), N 126, qui précise que l'effet comique est provoqué par la mise en distance critique.

800. Dans le cadre des réseaux sociaux et des mondes virtuels, cette exception n'est pas susceptible de s'appliquer souvent[1351]. En effet, l'utilisation doit d'une part être suffisamment individuelle, ce qui n'est pas souvent le cas dans le domaine[1352] et, d'autre part, être humoristique.

3. Archive et copie de sécurité

801. L'art. 24 LDA est une exception au droit de reproduction visant à permettre la conservation d'un exemplaire matériel d'une œuvre[1353]. La copie d'archive ne doit pas être accessible au public, sauf exception[1354], et doit être désignée comme telle (art. 24 al. 1 LDA).

802. Dans son Message relatif à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le droit d'auteur de 1992, le Conseil fédéral a précisé que cette disposition vise en particulier les bibliothèques, musées et autres institutions scientifiques[1355]. Ainsi, seules ces entités sont susceptibles de bénéficier de cette exception[1356], à l'exclusion des opérateurs de réseaux sociaux où d'univers virtuels[1357]. Il en va de même concernant le champ d'application personnel de l'art. 24 al. 1bis LDA[1358].

803. Cette restriction au droit d'auteur n'a qu'un intérêt limité dans le cadre de cette étude en ce qu'il permet à un utilisateur autorisé d'un logiciel d'en faire une copie de sauvegarde (art. 24 al. 2 LDA)[1359].

1351 Du même avis, mais se référant au cadre plus général d'Internet, voir GILLIERON (2009 I), p. 768.

1352 Voir *supra*, N 685 ss.

1353 BARRELET/EGLOFF, art. 24 N 1 ; CRPI/LDA-GILLIÉRON, art. 24 N 8.

1354 Ainsi, les « bibliothèques, les établissements d'enseignement, les musées et les archives accessibles au public sont autorisés à confectionner les copies d'exemplaires d'œuvres qui sont nécessaires pour la sauvegarde et la conservation de leurs collections, à condition qu'ils ne poursuivent aucun but économique ou commercial avec cette activité » (art. 24 al. 1bis LDA).

1355 Message LDA 1989, p. 529.

1356 CRPI/LDA-GILLIÉRON, art. 24 N 8.

1357 Les copies de sauvegarde effectuées par ceux-ci tombent cependant dans le champ d'application de l'art. 19 al. 1 *lit.* c LDA qui prévoit que « la reproduction d'exemplaires d'œuvres au sein des entreprises, administrations publiques, institutions, commissions et organismes analogues, à des fins d'information interne ou de documentation » est autorisée en tant qu'usage privé.

1358 CRPI/LDA-GILLIERON, art. 24 N 13.

1359 Pour plus d'informations sur cette disposition, voir notamment CRPI/LDA-GILLIERON, art. 24 N 1 ss.

4. Reproduction provisoire

804. Avant l'entrée en vigueur de l'art. 24a LDA autorisant la reproduction provisoire d'œuvres à certaines conditions, la question de savoir si le droit exclusif de reproduction (art. 10 al. 2 *lit*. a LDA) s'appliquait même lorsque la reproduction était temporaire (ou accessoire) et nécessaire du point de vue technique était débattue en doctrine[1360].

805. En droit américain, les copies techniquement nécessaires qui sont stockées dans la RAM[1361] ou dans le *buffer*[1362] ne sont pas considérées comme étant fixées sur un support et ainsi n'entraînent pas l'application du droit d'auteur[1363]. Le droit européen connaît une restriction au droit d'auteur semblable (art. 5 par. 1 Directive 2001/29). Le législateur suisse s'en est largement inspiré pour rédiger l'art. 24a LDA[1364]. En 2009, la CJUE s'est prononcée sur l'application de cette disposition ; plus particulièrement sur la question de savoir ce qui constitue une copie « transitoire ». Elle a relevé qu'une copie « ne peut être qualifié[e] de 'transitoire', au sens de la deuxième condition énoncée à [l'art. 5 par. 1] directive 2001/29, que si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée »[1365] ; les exemples typiques énoncés par la Directive 2001/29 étant le « *browsing* » et le « *caching* »[1366].

806. Les utilisations visées par cette disposition concernent principalement la consommation de l'œuvre, soit le moyen de la visionner. Par exemple, lorsqu'un utilisateur navigue sur Internet ou accède à une information

---

1360 Voir *supra*, N 716.

1361 *Random Access Memory* ou mémoire vive en français.

1362 Il s'agit de la mémoire tampon, qui a pour vocation de stocker des informations de façon temporaire. Contrairement à la mémoire vive ou RAM (*supra*, note 1361), la mémoire tampon est une mémoire virtuelle qui peut ainsi se trouver physiquement sur une zone d'un disque dur.

1363 LEMLEY/MENELL/MERGES/SAMUELSON/CARVER, p. 516 ss ; voir également l'affaire *Cartoon Network v. CSC Holdings*, 536 F.3d 121 (U.S. CoA 2d Cir. 2008).

1364 Message LDA 2006, p. 3303.

1365 *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08 (2009).

1366 Considérant 33 Directive 2001/29.

transmise par un réseau informatique, les données sont chargées dans la mémoire vive (RAM) de son ordinateur[1367]. La mise en mémoire *cache* du contenu de sites Internet, favorisant un accès plus rapide à l'information par l'utilisateur, est également visée par cette disposition[1368]. Cette pratique n'étant pas spécifiquement pertinente dans le cadre des réseaux sociaux et des mondes virtuels – mais plutôt des moteurs de recherches[1369] – il sera simplement relevé que les conditions d'application de l'art. 24a LDA[1370] satisfont aux critères du « triple test » imposés par le droit international (art. 9 ch. 2 CB et art. 13 ADPIC)[1371].

D. Synthèse

807. L'utilisation d'une œuvre dans un univers virtuel tombe sous le coup d'un droit exclusif dans les cas suivants :

- téléchargement d'une œuvre vers un univers virtuel (art. 10 al. 2 *lit.* a LDA[1372] ; art. 10 al. 2 *lit.* c LDA, dans la mesure où l'œuvre en question est mise à la disposition du public[1373]) ;
- création d'une œuvre directement au sein d'un univers virtuel (art. 10 al. 2 *lit.* a LDA[1374] ; art. 10 al. 2 *lit.* c LDA[1375]) ;
- « *webcasting* » et « *simulcasting* » dans un univers virtuel (art. 10 al. 2 *lit.* d et e LDA[1376]).

1367 Pour d'autres exemples, voir CRPI/LDA-GILLIERON, art. 24a N 12.

1368 CRPI/LDA-GILLIÉRON, art. 24a N 14.

1369 À ce titre, voir l'arrêt américain *Field v. Google, Inc.*, 412 F.Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006). Dans cette affaire, la Cour a reconnu que le *caching* d'un site Internet (contenant des poèmes *in casu*) ne violait pas le droit exclusif de reproduction de l'auteur dans la mesure où cette utilisation constitue un « *fair use* » selon l'art. 17 U.S.C. § 107.

1370 Cet article dispose que la « reproduction provisoire d'une œuvre est autorisée aux conditions suivantes: a. elle est transitoire ou accessoire ; b. elle constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique ; c. son unique finalité est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite de l'œuvre ; d. elle n'a pas de signification économique indépendante ».

1371 CRPI/LDA-GILLIÉRON, art. 24a N 9. Concernant le « triple test », voir *supra*, N 778. Pour une présentation exhaustive de l'art. 24a LDA, se référer à CRPI/LDA-GILLIERON, art. 24a N 1 ss.

1372 *Supra*, N 718.

1373 *Supra*, N 723.

1374 *Supra*, N 718.

1375 *Supra*, N 723.

808. En revanche, les utilisations suivantes ne contreviennent pas à un droit exclusif prévu par la LDA :

- publication d'un lien dans un univers virtuel[1377] ;
- « *framing* » d'une œuvre dans un univers virtuel[1378].

809. Outre les droits patrimoniaux, les auteurs sont protégés par les droits moraux. En particulier, le droit de paternité commande qu'une œuvre soit attribuée à son auteur, quel que soit le contexte de la publication. Les moyens d'attribution ne sont pas réglés par la loi. Dans le cadre des univers virtuels, elle peut avoir lieu au sein d'un « *tag* », d'un « *hashtag* » ou d'un simple texte par la mention du compte-utilisateur de l'auteur, de son pseudonyme ou de son véritable nom[1379]. Par ailleurs, le droit de divulgation est exercé par l'auteur (ou violé par un tiers) par la publication de l'œuvre dans un univers virtuel, quels que soient les paramètre de confidentialité attachés à celle-ci[1380]. Enfin, le droit à l'intégrité de l'œuvre est susceptible d'être enfreint par la conversion du fichier incorporant une œuvre dans un format de moins bonne qualité lorsqu'une différence est perceptible[1381]. Enfin, le droit d'accès prévu par l'art. 14 LDA pourra être exercé dans le cadre des univers virtuel à certaines conditions[1382] ; en revanche, la protection contre la destruction d'une œuvre (art. 15 LDA) ne sera en principe pas ouverte[1383].

810. Concernant les restrictions aux droits d'auteur, il sied de relever que l'usage privé sur Internet, *a fortiori* dans les univers virtuels, est possible. Cependant, sauf cas exceptionnel[1384], le partage effectué par un utilisateur à tous ses contacts au sein d'un univers virtuel dépasse le cercle des

---

1376 *Supra*, N 732.

1377 *Supra*, N 725.

1378 *Supra*, N 726 ss.

1379 *Supra*, N 743.

1380 *Supra*, N 747.

1381 *Supra*, N 752 ss.

1382 *Supra*, N 764 ss.

1383 *Supra*, N 770 ss.

1384 *E.g.* si l'utilisateur en question n'a que des amis proches dans ses contacts.

personnes étroitement liées et exclut de ce fait l'application de l'art. 19 al. 1 *lit*. a LDA[1385].

[1385] *Supra*, N 791.

Chapitre 4: Responsabilité de l'opérateur

811. Ce chapitre examinera la question de la responsabilité civile des opérateurs pour la violation des droits d'auteurs commise par leurs utilisateurs au sein de leur univers virtuel. Ainsi, ce chapitre ne traitera pas du cas de l'opérateur qui viole directement les droits de propriété intellectuelle (question qui se posera au demeurant plus fréquemment en matière de droit d'auteur qu'en droit des marques). À titre de rappel, les opérateurs sont considérés comme des fournisseurs de service Internet et, plus précisément, des fournisseurs d'hébergement [1386]. Les termes « opérateurs » et « fournisseurs » seront utilisés ci-après de manière interchangeable pour désigner les fournisseurs d'hébergement.

812. La question de la responsabilité des opérateurs est importante dans la mesure où il est fréquent que les titulaires de droit d'auteur les actionnent, plutôt que les utilisateurs qui violent directement leurs droits, en raison de leur capacité financière plus importante (« *deeper pockets* »)[1387].

813. Après une brève présentation des règles prévues dans les droits américain (A) et de l'Union européenne (B), le droit suisse de la responsabilité des opérateurs d'univers virtuels sera examiné (C).

A. Etats-Unis

814. De manière générale, un fournisseur d'hébergement de contenus engage sa responsabilité quant à la violation de droits d'auteurs commise par ses utilisateurs (« *vicarious infringement* ») s'il profite financièrement de ces violations directes sans les empêcher ou les limiter[1388]. Cela suppose que l'opérateur ait un certain contrôle sur les activités de ses utilisateurs, *i.e.* s'il est possible (juridiquement et techniquement) pour lui de les limiter pour

---

1386 *Supra*, N 80.

1387 Voir notamment GLICKMAN/FINGERHUT, p. 52 et LEMLEY, p. 546.

1388 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster. Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005) ; voir également LEMLEY, p. 586 ss.

empêcher la survenance de violations de droits d'auteur[1389]. Les contrats d'utilisation d'un univers virtuel prévoient généralement le droit, en faveur des opérateurs, d'effacer tout contenu litigieux[1390]. Cette prérogative découle également du DMCA[1391].

815. De plus, le fournisseur est complice d'une violation (« *contributory infringement* ») lorsqu'il encourage intentionnellement les violations par les utilisateurs de son service[1392]. Lorsqu'un fournisseur a connaissance d'une violation sur sa plateforme et ne retire pas le contenu correspondant, il se rend complice de cette violation[1393].

816. En 1998, les Etats-Unis ont adopté le DMCA. Cette loi prévoit l'exonération de responsabilité des fournisseurs de service Internet à certaines conditions, notamment qu'ils implémentent la procédure de « *notice and takedown* ». Cette dernière prévoit que ces fournisseurs doivent répondre aux notifications de titulaire du droit d'auteur afin de retirer, dans les plus brefs délais[1394], les contenus visés par celles-ci[1395]. De plus, les fournisseurs ne doivent pas avoir connaissance d'une violation sur leur plateforme ni de faits ou de circonstances qui font apparaître une violation[1396]. Par ailleurs, ils ne sont pas tenus de surveiller activement les violations susceptibles de se produire sur leur plateforme[1397]. Il est également important de noter que le DMCA se limite à fixer les conditions d'exonération de la responsabilité des fournisseurs sans établir les conditions de celle-ci, le droit commun étant applicable à ce titre.

1389 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster. Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

1390 Voir notamment les art. 5.2 Facebook ToS, 9 Twitter ToS et 7.8 YouTube ToS. Il est à noter que – bien que les contrats d'utilisations d'un univers virtuel prévoient cette possibilité – une obligation de contrôle incombant aux opérateurs est exclue par ces contrats ; voir *supra*, N 156 ss.

1391 *Viacom v. YouTube*, 07 Civ. 2103(LLS) (S.D.N.Y. 2013).

1392 « *[O]ne infringes contributorily by intentionally inducing or encouraging direct infringement* », *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster. Ltd.*, 545 U.S. 913, p. 930 (2005).

1393 *A&M Records v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (U.S. CoA 9th cir. 2001).

1394 Un délai de deux jours est considéré suffisant, *UMG v. Veoh*, 665 F. Supp. 2d 1099 (U.S.D.C. for the Central District of California 2009).

1395 Pour plus d'information à propos du DMCA, voir *supra*, note 1009 et les références citées.

1396 Art. 17 U.S.C. 512 (c) (1) (A) : « […](i) *does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing ; (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent* ».

1397 Art. 17 U.S.C. 512 (m).

817. Récemment, la jurisprudence américaine a précisé les contours des règles de responsabilité des fournisseurs d'hébergement[1398]. Les points les plus importants seront énumérés ci-après.

818. Premièrement, la connaissance des violations doit être relative à des faits spécifiques et non à une connaissance générale[1399].

819. Deuxièmement, le fardeau de la preuve de la notification de chaque cas de violation faite au fournisseur est à la charge du demandeur[1400]. Cette charge du fardeau de la preuve revêt un intérêt significatif dans la mesure où, dans l'affaire *Viacom v. YouTube*[1401], la demande portait sur la violation de plus 150'000 œuvres. Ainsi, même si chaque violation fait l'objet d'une notification selon la procédure du « *notice and takedown* », le titulaire du droit d'auteur devra supporter les coûts d'identification de chacune d'entre elles.

820. Troisièmement, bien que le DMCA ne prévoie aucune obligation de surveillance à la charge du fournisseur[1402], celui-ci peut être tenu pour responsable s'il ignore volontairement (« *willful blindness* ») des cas spécifiques et identifiables de violation (« *red flags* »)[1403]. La Cour a jugé en faveur de YouTube sur ce point car les cas de violation notifiés par Viacom n'étaient pas assez spécifiques, ceux-ci portant sur des vidéos affichées sur YouTube suite à la recherche par certains mots-clés et non les URL des vidéos litigieuses[1404].

821. Enfin, la jurisprudence a précisé la notion de contrôle du fournisseur sur le contenu qu'il héberge, *i.e.* à partir de quand ce contrôle est suffisamment important pour que celui-ci ne puisse plus se prévaloir de la protection

---

1398 *Viacom v. YouTube*, 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010). Cette jurisprudence vise en particulier les opérateurs de sites de partage de vidéo comme YouTube ; celle-ci étant transposable aux opérateurs d'univers virtuels.

1399 *Viacom v. YouTube*, 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010), en application de l'art. 17 U.S.C. 512 (c) (1) (A) (i).

1400 *Viacom v. YouTube*, 07 Civ. 2103(LLS) (S.D.N.Y. 2013).

1401 *Viacom v. YouTube*, 07 Civ. 2103(LLS) (S.D.N.Y. 2013).

1402 Art. 17 U.S.C. 512 (m).

1403 *Viacom v. YouTube*, 07 Civ. 2103(LLS) (S.D.N.Y. 2013).

1404 *Viacom v. YouTube*, 07 Civ. 2103(LLS) (S.D.N.Y. 2013).

conférée par le DMCA[1405]. La connaissance générale de l'utilisation frauduleuse du service par certains utilisateurs ne suffit pas, à elle seule, à exclure le fournisseur de la protection du DMCA, « quelque chose de plus » étant requis[1406]. Ce « quelque chose de plus » est donné, dans le contexte des univers virtuels, dans les cas où le fournisseur filtre (« *prescreen* ») le contenu avant de le mettre en ligne, l'édite et fournit des conseils aux utilisateurs sur le contenu qu'ils souhaitent télécharger sur la plateforme[1407]. Le fait qu'un fournisseur mette en place des filtres en relation avec un type de contenu (*e.g.* le contenu à caractère pornographique) ne permet toutefois pas de conclure qu'en ne le faisant pas pour d'autres types de violations (notamment celle concernant les droits d'auteur) il encourage les utilisateurs à en commettre ou qu'il exerce un contrôle suffisamment important pour être tenu responsable de celles-ci[1408].

822. Il en ressort que les règles régissant la responsabilité des fournisseurs d'hébergement, en cas de violations de droits d'auteur commises par des utilisateurs, sont relativement claires aux Etats-Unis. Se fondant d'abord sur la *common law*, puis s'appuyant sur le DMCA adopté spécifiquement pour régler les questions de la responsabilité des fournisseurs de service Internet pour les violations de droit d'auteur commises par leurs utilisateurs, les tribunaux américains ont parfait ces règles, applicables dans le contexte des univers virtuels, en rendant des décisions portant spécifiquement sur ces questions.

1405 Plus précisément de l'art. 17 U.S.C. 512 (c) (1) (B).

1406 *Viacom v. YouTube*, 07 Civ. 2103(LLS) (S.D.N.Y. 2013).

1407 *Wolk v. Kodak Imaging Network, Inc.*, 840 F. Supp. 2d 724, 748 (S.D.N.Y. 2012) ; voir également *Viacom v. YouTube*, 07 Civ. 2103(LLS) (S.D.N.Y. 2013).

1408 *Viacom v. YouTube*, 07 Civ. 2103(LLS) (S.D.N.Y. 2013). Dans sa version originale et plus détaillée, la Cour a décidé que : « […] *during the period relevant to this litigation, the record establishes that YouTube influenced its users by exercising its right not to monitor its service for infringements, by enforcing basic rules regarding content (such as limitations on violent, sexual or hate material), by facilitating access to all user-stored material regardless (and without actual or constructive knowledge) of whether it was infringing, and by monitoring its site for some infringing material and assisting some content owners in their efforts to do the same. There is no evidence that YouTube induced its users to submit infringing videos, provided users with detailed instructions about what content to upload or edited their content, prescreened submissions for quality, steered users to infringing videos, or otherwise interacted with infringing users to a point where it might be said to have participated in their infringing activity* ».

B. Union européenne

823. L'Union européenne a adopté la Directive sur le commerce électronique (Directive 2000/31) en juin 2000, faisant suite à l'entrée en vigueur des traités Internet de l'OMPI et du DMCA. Cette directive s'inspire du système d'exonération de responsabilité mis en place par la loi américaine[1409] sous réserve qu'elle s'applique à tous types de violations et non pas uniquement à celles relatives aux droits d'auteur[1410]. Il est par ailleurs intéressant de constater que, dans le cadre de la stratégie « *Digital Single Market* » de l'Union européenne, la question de la responsabilité des intermédiaires de l'Internet est posée et potentiellement remise en question[1411].

824. Ainsi, l'art. 15 Directive 2000/31 prévoit que les « Etats membres ne doivent pas imposer aux [fournisseurs (notamment d'hébergement)] une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». Par ailleurs, en matière d'hébergement, l'art. 14 Directive 2000/31 dispose que :

> « 1. Les Etats membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:
>
> a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente
>
> ou

1409 Art. 15 Directive 2000/31 ainsi que son considérant 46.

1410 Art. 14 Directive 2000/31 *a contrario* ; voir également EDWARDS, p. 112 ; WERRO/SONNEY, p. 124 s.

1411 A ce propos, voir notamment le rapport sommaire de la procédure de consultation : https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/first-brief-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries.

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les Etats membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible ».

825. En premier lieu, il est utile de préciser que l'art. 14 Directive 2000/31 vise les fournisseurs d'hébergement, notamment les réseaux sociaux[1412].

826. L'art. 14 al. 1 Directive 2000/31 pose deux conditions alternatives pour qu'un fournisseur bénéficie de l'exonération de sa responsabilité.

827. La première condition (art. 14 al. 1 *lit*. a Directive 2000/31) est qu'il n'ait pas connaissance d'une activité illicite sur sa plateforme. Cette condition, lue conjointement avec l'art. 15 Directive 2000/31 – qui n'impose pas une obligation générale de surveillance – implique que la connaissance doit porter sur un cas spécifique de violation[1413].

828. La deuxième condition est que le fournisseur doit promptement retirer les contenus illicites[1414] ou rendre leur accès impossible dès qu'il en prend connaissance (art. 14 al. 1 *lit*. b Directive 2000/31). Cette dernière condition constitue une partie de la procédure de « *notice and takedown* » instituée par le droit américain[1415]. L'exigence de promptitude n'est pas définie dans la

---

1412 *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, C-360/10. La définition donnée par la CJUE s'étend également aux autres types d'univers virtuels.

1413 BGH du 23 septembre 2003, VI ZR 335/02 ; EDWARDS, p. 114 ; VERBIEST/SPINDLER/RICCI/VAN DER PERRE, p. 37.

1414 Les contenus doivent être « manifestement illicites » ; VERBIEST/SPINDLER/RICCI/VAN DER PERRE, p. 37 ss, avec une analyse de l'implémentation de cette notion dans divers Etats membres de l'Union européenne.

1415 Elle n'en constitue qu'une partie car l'étape de la procédure permettant à l'utilisateur dont le contenu a été retiré d'effectuer une contre-notification dans le but de remettre ledit contenu en ligne n'a pas été codifiée. Certains Etats membres de l'Union européenne, en application de l'art. 14 al. 3 Directive 2000/31, notamment la Finlande, ont mis en place une procédure complète de « *notice and takedown* » calquée sur le droit américain (voir VERBIEST/SPINDLER/RICCI/VAN DER PERRE, p. 16).

Directive. Ainsi, il n'est pas clair de savoir à partir de quel moment le fournisseur engage sa responsabilité[1416]. En application de la LCEN[1417], le TGI de Toulouse a par exemple considéré que, dans le cas où le site Internet du fournisseur est accessible en permanence, la responsabilité de ce dernier est engagée s'il n'a pas retiré le contenu le jour même de la notification[1418]. La conclusion de cet arrêt paraît disproportionnée si on l'applique à un fournisseur d'hébergement de grande envergure[1419], tel Facebook ou Twitter[1420]. Plus récemment, dans un litige qui opposait TF1 à YouTube, le TGI de Paris a jugé qu'un délai de cinq jours est trop long[1421]. Un délai semblable a également été jugé comme trop long par une Cour allemande[1422]. Ainsi, le délai de réaction acceptable devrait être compris entre un et trois jours.

829. L'art. 14 al. 2 Directive 2000/31 est similaire à l'art. 17 U.S.C. 512 (c) (1) (B)[1423] en ce qu'il exclut de la protection conférée par la directive aux fournisseurs qui exerce un contrôle sur les destinataires du service. Cette disposition n'a pas fait l'objet d'une décision par la CJUE. En revanche, le TGI de Paris a eu l'occasion de se pencher sur la question dans l'affaire *TF1 c. YouTube*[1424]. La Cour a jugé que YouTube n'exerçait pas un contrôle suffisant sur le contenu publié sur son site[1425] et qu'elle ne pouvait ainsi pas

---

1416 EDWARDS, p. 115.

1417 Loi française du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, laquelle met en œuvre la Directive 2000/31. Pour une présentation plus détaillée de la LCEN, voir FERAL-SCHUHL, p. 800 ss.

1418 TGI Toulouse du 13 mars 2008 (http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2246).

1419 L'affaire concernait un site Internet – qui n'est actuellement plus en fonction – vraisemblablement de petite envergure.

1420 À ce titre, EDWARDS recommande d'assouplir l'exigence de promptitude en exigeant que les fournisseurs mettent en œuvre des moyens raisonnables pour répondre aux notifications qui permettrait notamment de pallier à des problèmes d'ordre technique ou organisationnel (EDWARDS, p. 115).

1421 TGI Paris du 29 mai 2012.

1422 Cour de district d'Hambourg du 20 avril 2012 dans la cause n° 310 0 461/10 (*GEMA c. YouTube*).

1423 *Supra*, N 821.

1424 TGI Paris du 29 mai 2012.

1425 « Aucun contrôle du contenu des vidéos postées n'est fait a priori ou a posteriori par la société YouTube autre que celui imposé par le texte et relatif à la détection des vidéos aux actes de en matière de pédophilie, de crime contre l'humanité et d'incitation à la haine raciale » (TGI Paris du 29 mai 2012).

être tenue pour responsable de la violation des droits d'auteurs de ses utilisateurs. Le fait que YouTube mette en avant certaines vidéos (*e.g.* sélection des vidéos les plus populaires ou celles visionnées « en ce moment ») n'est pas pertinent pour établir un contrôle de la société sur ses utilisateurs dans la mesure où cette sélection est le fruit d'un algorithme et non d'un choix « humain ».

830. Concernant l'absence d'obligation de surveillance des fournisseurs d'hébergement (art. 15 Directive 2000/31), la CJUE a récemment précisé qu'on ne peut exiger de lui qu'il mette « en place un système de filtrage : des informations stockées sur ses serveurs par les utilisateurs de ses services ; qui s'applique indistinctement à l'égard de l'ensemble de ces utilisateurs ; à titre préventif ; à ses frais exclusifs, et sans limitation dans le temps, capable d'identifier des fichiers électroniques contenant des œuvres musicales, cinématographiques ou audiovisuelles sur lesquelles le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer la mise à disposition du public desdites œuvres qui porte atteinte au droit d'auteur »[1426]. En revanche, en se fondant sur l'art. 11 Directive 2004/48, la CJUE a indiqué que les « États membres [doivent s'assurer] que les juridictions nationales compétentes en matière de protection des droits de la propriété intellectuelle puissent enjoindre à l'exploitant d'une place de marché en ligne de prendre des mesures qui contribuent, non seulement à mettre fin aux atteintes portées à ces droits par des utilisateurs de cette place de marché, mais aussi à prévenir de nouvelles atteintes de cette nature. Ces injonctions doivent être effectives, proportionnées, dissuasives et ne doivent pas créer d'obstacles au commerce légitime »[1427].

831. À l'instar du droit américain, les règles régissant la responsabilité des fournisseurs d'hébergement pour les actes illicites commis par leurs utilisateurs sont relativement claires en droit de l'Union européenne. La portée plus large de la limitation de responsabilité des fournisseurs, qui s'applique à tous types de violations, est un point positif en ce qu'elle évite

---

1426 *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*, C-360/10. Pour une présentation de la mise en œuvre de cette disposition dans les Etats membres de l'Union européenne, voir VERBIEST/SPINDLER/RICCI/VAN DER PERRE, p. 69 ss.

1427 *L'Oréal et al. c. eBay et al.*, C-324/09.

la fragmentation des solutions juridiques. En revanche, la Directive 2000/31 étant une directive cadre, une diversité de solutions à l'échelle nationale résulte de son implémentation dans les Etats membres[1428].

C. Suisse

832. Contrairement aux droits américain et de l'Union européenne, le législateur suisse n'a pas encore jugé opportun d'adopter une loi spéciale qui réglerait les questions de responsabilité des fournisseurs de service sur Internet[1429], malgré les avis favorables recueillis en consultation et les propositions de la doctrine[1430]. Les règles générales de responsabilité sont ainsi applicables[1431].

833. Bien que ce chapitre traite de la responsabilité civile des opérateurs, leur responsabilité pénale (*i.e.* la complicité et l'instigation) sera brièvement présentée (1) dans la mesure où, lorsque celle-ci est donnée, elle engendrera la responsabilité civile de l'opérateur lorsque la « sanction tend à protéger le sujet de droit et non seulement l'ordre étatique »[1432]. Ensuite, la responsabilité civile sera analysée (2) avant de faire quelques propositions *de lege ferenda* (3).

834. Il est utile de rappeler à ce stade que le droit suisse s'applique dans les litiges concernant la violation d'un droit d'auteur suisse, même lorsque l'acte est commis à l'étranger[1433]. Cela vaut pour l'utilisateur qui viole directement le droit d'auteur, mais également pour déterminer si l'opérateur de l'univers virtuel en question est responsable de cette violation[1434].

1428 Voir notamment VERBIEST/SPINDLER/RICCI/VAN DER PERRE, p. 32 ss et WANG, p. 93 ss.

1429 Cette position a évolué et le Conseil fédéral a communiqué qu'il ambitionne de moderniser le droit d'auteur en se fondant notamment sur AGUR12 et sur les travaux d'un groupe de travail étudiant la question de la responsabilité civile des fournisseurs Internet sous un angle général (communiqué de presse du 6 juin 2014 ; https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=53259).

1430 Voir notamment WERRO/SONNEY, p. 129 s, et les références citées.

1431 WERRO/SONNEY, p. 130.

1432 CHERPILLOD (2005), p. 56 ; ATF 101 Ib 252. Le juge civil ne sera pas pour autant lié par les conclusions du jugement pénal (art. 53 CO) (CHERPILLOD (2005), p. 56).

1433 *Supra*, N 137.

1434 CHERPILLOD (2005), p. 73 ; ATF 92 II 293, JdT 1967 I 622.

1. Responsabilité pénale

835. La responsabilité pénale des fournisseurs d'hébergement n'est pas claire en droit suisse[1435]. Le droit d'auteur ne prévoit pas de cas spécifiques dans lesquels une personne se rendrait coupable de complicité ou d'instigation d'un acte illicite. Cependant, les dispositions générales du CP – notamment les art. 24 et 25 CP concernant respectivement l'instigation et la complicité – s'appliquent à la LDA en vertu de l'art. 333 CP[1436].

836. Selon l'art. 24 CP, celui qui a intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit agit en tant qu'instigateur. Le dol éventuel suffit[1437]. Cela signifie que « l'instigateur doit pour le moins accepter premièrement, qu'en raison de son comportement, l'instigué va commettre un certain acte et deuxièmement, que cet acte correspond à un état de fait illicite »[1438]. Un lien de causalité entre le comportement de l'instigateur et l'acte illicite commis par l'instigué doit être établi[1439]. Ainsi, il n'y a pas instigation lorsque l'auteur de l'infraction agit sans l'influence d'un tiers[1440]. En d'autres termes, celui qui se borne à créer une situation offrant potentiellement la possibilité à un tiers de commettre une infraction ne doit pas être considéré comme instigateur[1441].

837. Cette dernière hypothèse est typiquement celle des opérateurs d'univers virtuels. La plateforme qu'ils mettent en place peut être utilisée par leurs utilisateurs pour commettre des actes illicites. Cependant, ils n'exercent en principe pas une influence causale sur les auteurs de ces infractions. Pour tomber sous le coup de l'art. 24 CP, un comportement plus actif des fournisseurs doit être exigé. En l'état, ils se bornent à offrir un service sans en diriger ou en influencer le mode d'utilisation.

1435 ROSENTHAL (2007), N 10 ; WERRO/SONNEY, p. 130.

1436 ATF 125 IV 206 ; ROSENTHAL (2007), N 10 ; WERRO/SONNEY, p. 130.

1437 ATF 127 IV 125, JdT 2002 IV 120.

1438 ATF 127 IV 125, JdT 2002 IV 120.

1439 ATF 128 IV 11.

1440 ATF 128 IV 11.

1441 ATF 128 IV 11.

838. Selon l'art. 25 CP, est complice celui qui a intentionnellement prêté assistance à l'auteur de l'acte illicite[1442]. L'assistance peut être matérielle, intellectuelle ou découler d'une omission[1443]. Pour qu'une omission puisse entraîner la complicité d'une personne, celle-ci doit avoir une obligation juridique d'agir[1444]. Une telle obligation ne s'impose pas, de par la loi, aux opérateurs d'univers virtuels. De plus, la question de savoir si une obligation contractuelle suffirait peut être laissée ouverte dans la mesure où les contrats d'accès à un univers virtuel déchargent les opérateurs d'un tel devoir.

839. La doctrine conclut ainsi qu'un fournisseur d'hébergement est complice des violations commises par les utilisateurs de son service à condition qu'il soit au courant d'un acte illicite spécifique et qu'il ne prenne pas de mesures propres à faire cesser un tel état de fait[1445]. Une connaissance générale d'activités illicites sur sa plateforme ne suffit pas à rendre l'opérateur complice[1446]. De plus, la notification (*e.g.* au moyen d'une mise en demeure) d'un acte illicite doit spécifier l'objet de la protection ainsi que l'URL précise qui héberge le contenu litigieux[1447].

2. Responsabilité civile

840. La responsabilité civile des fournisseurs d'hébergement demeure une question débattue en doctrine [1448] sans avoir été appliquée par les tribunaux[1449]. Contrairement aux droits des brevets d'invention[1450] et des

---

1442 Pour une discussion approfondie de la notion de complicité appliquée aux fournisseurs de service Internet, se référer à CHERPILLOD (2005), p. 57 ss.

1443 TF du 8 mars 2013, 6B_696/2012.

1444 ATF 118 IV 309. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a précisé cette notion : « Il faut que l'auteur se soit trouvé dans une situation qui l'obligeait à ce point à protéger un bien déterminé contre des dangers indéterminés (devoir de protection), ou à empêcher la réalisation de risques connus auxquels des biens indéterminés étaient exposés (devoir de surveillance), que son omission peut être assimilée au fait de provoquer le résultat par un comportement actif » (TF du 8 mars 2013, 6B_696/2012).

1445 CHERPILLOD (2005), p. 61 ; WERRO/SONNEY, p. 130, et les références citées en note 84.

1446 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 67 N 13.

1447 CRPI/LDA-CHERPILLOD, art. 67 N 13.

1448 Voir notamment les thèses de FRECH et ROHN.

1449 WERRO/SONNEY, p. 130.

1450 Art. 66 *lit*. d LBI.

designs[1451], le droit d'auteur[1452] ne prévoit pas de disposition concernant la participation à une infraction civile[1453]. Ainsi, les règles générales de la responsabilité civile sont applicables en la matière[1454]. Il est à noter que la LDA prévoit un renvoi aux art. 41 ss CO en matière d'actions réparatrices (art. 62 al. 2 LDA)[1455].

841. Dans un premier temps, le fondement de la responsabilité du fournisseur d'hébergement en tant que participant à l'acte illicite (art. 50 CO) sera analysé (*i*). Ensuite, seront discutées les conditions particulières de leur responsabilité en cas d'actions défensives (*ii*) et réparatrices (*iii*).

i. Fondement de la responsabilité

842. En matière de responsabilité délictuelle, les art. 41 ss CO sont applicables. L'art. 41 CO prévoit ainsi que « [c]elui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». Sans entrer dans les détails[1456], cette disposition est la norme générale qui fonde la responsabilité délictuelle d'une personne (physique ou morale) en érigeant la faute en tant que condition essentielle[1457].

843. Dans le contexte de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement, la question principale est de savoir à quelles conditions ils participent indirectement aux violations commises par leurs utilisateurs[1458]. En effet, il sera beaucoup plus fréquent qu'un acte illicite soit l'œuvre de ces derniers.

844. L'art. 50 al. 1 CO[1459] traite de la participation à un acte tombant sous le coup de l'art. 41 CO. Cette première disposition prévoit que « [l]orsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer,

---

1451 Art. 9 al. 2 et 41 *lit*. b LDes.

1452 C'est également le cas du droit des marques.

1453 CHERPILLOD (2005), p. 66.

1454 AUF DER MAUR/STEINER, p. 426 ; CHERPILLOD (2005), p. 64 ; WERRO/SONNEY, p. 130.

1455 L'art. 55 al. 2 LPM prévoit le même renvoi.

1456 Pour une présentation générale de la responsabilité civile, voir WERRO.

1457 Voir notamment CR CO I-WERRO, art. 41 N 1.

1458 Voir notamment FRECH, p. 325 ss.

1459 Voir FRECH, p. 329 s, pour une discussion relative à cette disposition appliquée à la violation de droits de propriété intellectuelle.

sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice ». L'al. 2 de cette disposition octroie un pouvoir d'appréciation au juge pour déterminer l'étendue de la participation de chaque intimé.

845. Bien que la notion d'instigation ou de complicité au sens du droit pénal[1460] ne doive pas être confondue avec la notion de coresponsabilité (« causé ensemble ») de l'art. 50 al. 1 CO, cette disposition s'appliquera lorsque les conditions de l'art. 24 CP ou de l'art. 25 CP sont remplies[1461]. Cependant, la responsabilité civile du fournisseur est susceptible d'être engagée sans que sa responsabilité pénale le soit. À ce titre, une distinction doit être opérée en fonction du but poursuivi par le titulaire du droit. En effet, les conditions ne sont pas les mêmes suivant que l'on se trouve dans le cadre d'une action défensive[1462] ou réparatrice[1463].

ii. Actions défensives

846. Les actions défensives sont ouvertes lorsqu'un titulaire fait valoir une atteinte à ses droits et en demande la cessation ou l'interdiction[1464]. En matière de droit d'auteur, ces actions sont prévues à l'art. 62 al. 1 *lit*. a et b LDA. Elles ne supposent pas qu'une faute ait été commise[1465].

847. Ainsi, une action défensive peut être dirigée contre le fournisseur qui héberge un contenu qui viole les droits d'un titulaire alors même qu'il n'a pas connaissance de l'état de fait illicite[1466].

848. La cessation ne concerne cependant pas l'intégralité du service offert par le fournisseur[1467]. Seule l'atteinte spécifique est visée.

1460 Voir *supra*, N 835 ss.

1461 CHERPILLOD (2005), p. 65.

1462 *Infra*, N 846 ss.

1463 *Infra*, N 849 ss.

1464 WERRO/SONNEY, p. 131.

1465 WERRO/SONNEY, p. 131.

1466 CHERPILLOD (2005), p. 71 ; GILLIÉRON (2003), N 433 ; WERRO/SONNEY, p. 131.

1467 CHERPILLOD (2005), p. 70. Une exception est soulevée par cet auteur dans les cas où le service « sert exclusivement à des fins illicites ».

iii. Actions réparatrices

849. La situation est différente dans le cadre des actions réparatrices (*e.g.* les actions en dommages-intérêts ou en réparation du tort moral), celles-ci requérant une faute du fournisseur[1468]. La question qui se pose, en l'absence de règle spécifique sur la responsabilité des fournisseurs en droit suisse, est de savoir le(s)quel(s) de leur(s) comportement(s) est assimilable à une faute.

850. D'une part, la doctrine admet que les fournisseurs d'hébergement ne sont pas astreints à une obligation générale de surveillance des contenus publiés sur leur site[1469]. Cela signifie qu'ils n'ont pas l'obligation de filtrer ces contenus *a priori*.

851. D'autre part, aucune faute ne pourra être imputée aux fournisseurs tant qu'ils n'ont pas connaissance d'un acte illicite spécifique[1470]. Selon CHERPILLOD, la responsabilité civile du fournisseur est susceptible d'être engagée dès lors qu'il « aurait dû savoir [que son service] allait être utilisée à des fins illicites […] même si seule une négligence peut lui être reprochée »[1471]. Cette dernière conception ne devrait pas être suivie en ce qu'elle étend de manière trop importante la portée de la responsabilité civile des fournisseurs. Il convient ainsi de retenir que l'attention du fournisseur doit être portée sur un cas concret de violation. GILLIERON pose la question de savoir sous quelle forme la notification doit être effectuée au fournisseur[1472]. Une notification judiciaire est-elle nécessaire ou est-ce qu'une dénonciation notifiée directement par le titulaire ou un tiers est suffisante ? La deuxième hypothèse doit être retenue[1473] dans la mesure où elle suffit à porter une violation à la connaissance du fournisseur.

852. Pour engager sa responsabilité, il faut encore que le fournisseur, en plus de la connaissance de l'acte illicite, n'agisse pas pour le faire cesser et laisse l'atteinte se poursuivre sur sa plateforme[1474]. Des questions se posent par

---

1468 WERRO/SONNEY, p. 131.

1469 Voir notamment GILLIERON (2003), N 434.

1470 GILLIÉRON (2003), N 434 ; LEUENBERGER, p. 725 ; WERRO/SONNEY, p. 131.

1471 CHERPILLOD (2005), p. 69 s.

1472 GILLIÉRON (2003), N 434.

1473 CHERPILLOD (2005), p. 70 s. ; WERRO/SONNEY, p. 131.

1474 CHERPILLOD (2005), p. 71 ; WERRO/SONNEY, p. 131.

rapport à cette condition. En effet, par quel acte un fournisseur est-il exonéré de sa responsabilité ? Doit-il retirer et effacer le contenu litigieux ou simplement le rendre inaccessible ? Par ailleurs, dans quel délai doit-il s'exécuter ? Le droit suisse est flou sur ce point et mériterait d'être clarifié en s'inspirant des solutions adoptées par le droit américain et le droit de l'Union européenne[1475].

853. Par ailleurs, AUF DER MAUR & STEINER suggèrent d'apprécier la notion de faute en fonction de standards ou guides de meilleures pratiques édictés par des associations de professionnels[1476]. Ils proposent ainsi de fonder la faute du fournisseur sur le respect de normes d'autorégulation. Si celles-ci sont respectées, il ne pourra pas être tenu pour responsable. Cette solution présente l'avantage d'être souple et adaptée à l'évolution des nouvelles technologies.

3. Pistes *de lege ferenda*

854. La jurisprudence[1477] et la doctrine[1478] ont relevé les écueils du droit suisse en matière de responsabilité civile des fournisseurs d'hébergement. Déjà en 2003, cette insécurité juridique a poussé une commission d'expert à proposer au Conseil fédéral de clarifier cette question juridique[1479]. Depuis lors, l'incertitude demeure et – au gré de l'évolution d'Internet et du rôle prépondérant que tiennent (et continueront de tenir) les fournisseurs d'hébergement dans ce paysage – il est nécessaire de clarifier les conditions

---

1475 *Infra*, N 854 ss.

1476 AUF DER MAUR/STEINER, p. 423 ss ; une telle association (SIMSA) a adopté un code de conduite hébergement (CCH) le 1er février 2013 (http://static.simsa.ch/1374153395/130201_simsa_cch_public_f.pdf). Il est intéressant de relever les points suivants concernant le CCH : (art. 5) les hébergeurs n'ont pas un devoir de surveillance des contenus hébergés ; (art. 6 et 7) une procédure détaillée de notification et de retrait des contenus est prévue, l'art. 7 prévoyant en particulier qu'en cas de violation manifeste, l'hébergeur peut retirer le contenu immédiatement après avoir reçu une notification ; (art. 9) les hébergeurs doivent prendre des mesures internes pour traiter rapidement les notifications reçues, en particulier nommer une personne responsable ; et (art. 8) des clauses types à destination des contrats entre les hébergeurs et leurs clients sont proposées.

1477 Voir notamment TF du 14 janvier 2013, 5A_792/2011, dans lequel notre Haute Cour affirme qu'« il n'appartient pas à la justice, mais au législateur, de réparer les 'graves conséquences' pour internet et pour les hébergeurs de blogs auxquelles pourrait conduire l'application du droit actuel ».

1478 Voir notamment FRECH, p. 271 ss et 325 ss ; GILLIERON (2003), N 428 ss ; WERRO/SONNEY, p. 129 ss.

1479 Voir WERRO/SONNEY, p. 131 s. et les références citées.

auxquelles ils pourront être tenus pour responsables des actes illicites commis par les utilisateurs de leurs services.

855. La proposition qui suit s'inspire, d'une part, du champ d'application étendu prévu par la Directive 2000/31[1480] et, d'autre part, de la procédure de « *notice and takedown* » du droit américain[1481].

856. Premièrement, le champ d'application de la Directive 2000/31 qui est étendu à tous types de violations[1482] devrait être repris en droit suisse[1483]. En effet, prévoir les mêmes règles de responsabilité, de manière horizontale, quel que soit le bien juridique en cause, assure une plus grande clarté du système et favorise ainsi la sécurité juridique. D'un point de vue pratique, la mise en place d'une seule procédure de « *notice and takedown* » visant tous les types de violations serait plus aisée pour les fournisseurs d'hébergement[1484]. Le défaut de la Directive 2000/31 est qu'elle n'est pas aussi précise que le DMCA, laissant aux Etats membres de l'Union européenne une marge de manœuvre dans son implémentation.

857. Deuxièmement, une procédure de « *notice and takedown* » inspirée du droit américain devrait être instaurée. Les fournisseurs ne pourraient ainsi être tenus responsables qu'à partir du moment où ils ne mettent pas en place un tel système sur leur plateforme ou qu'ils ne l'appliquent pas de façon rigoureuse[1485]. Cette procédure doit prévoir, de façon détaillée, la forme des notifications[1486] communiquées par les titulaires de droits et les délais de

---

1480 *Supra*, N 823 ss.

1481 *Supra*, N 814 ss.

1482 Art. 14 Directive 2000/31 *a contrario* ; voir également EDWARDS, p. 112 ; WERRO/SONNEY, p. 124 s.

1483 WERRO/SONNEY, p. 132.

1484 Certains d'entre eux ont d'ailleurs volontairement mis en place un système analogue notamment pour les violations de droit des marques (voir les exemples de Facebook et Twitter, *supra*, N 636 ss).

1485 Du même avis : WERRO/SONNEY, p. 132.

1486 Un formulaire électronique publié sur le site de chaque fournisseur est le moyen le plus efficace. À ce titre, on peut se référer aux exemples de Facebook (*supra*, N 639) et Twitter (*supra*, N 644), qui ont adopté un tel formulaire pour notifier les violations de droit d'auteur ou du droit des marques.

mise hors ligne des contenus litigieux[1487]. Outre le fait de protéger les fournisseurs contre des actions réparatrices formées par les titulaires de droits, ce système constituerait une alternative efficace aux actions défensives. Par ailleurs, il est suggéré d'exonérer les fournisseurs de toute responsabilité vis-à-vis des utilisateurs dont ils ont supprimé le contenu[1488]. Cela éviterait qu'ils s'exposent à une action en responsabilité de l'utilisateur dont le contenu n'enfreint pas les droits du tiers qui en a demandé la suppression. Enfin, les fournisseurs devraient être obligés de publier des rapports de transparence qui donneraient des statistiques précises sur les procédures traitées[1489]. Cette mesure renforcerait la confiance des titulaires, utilisateurs et toutes parties intéressées dans le système et donnerait des indications claires sur son efficacité.

858. Il est à noter que cette proposition est valable pour tous les fournisseurs d'hébergement et non uniquement les opérateurs d'univers virtuels. Le potentiel impact d'une telle révision législative est ainsi très important.

1487 Un délai très court doit être prévu, soit deux ou trois jours au maximum. À ce titre, voir la jurisprudence française, discutée *supra*, N 828. Voir également les articles 6 et 7 du CCH (*supra*, note 1476).

1488 Ceci pourrait être assorti de conditions, par exemple la remise en ligne du contenu litigieux en cas de contre-notification effectuée par l'utilisateur visé par la notification (art. 17 U.S.C. § 512 (g) (2) (C)). A ce titre, le système prévu par le CCH est préférable : seul le contenu manifestement litigieux peut être retiré immédiatement par l'hébergeur (art. 7) ; dans les autres cas, l'hébergeur requiert de l'utilisateur qui a publié le contenu potentiellement litigieux de le supprimer ou de prendre position sur le caractère légal de celui-ci (art. 6.3). AGUR12 prend position à ce titre et propose que la solution du CCH soit adoptée (N. 9.3.2). Dans le cadre des réseaux sociaux, le Conseil fédéral a également pris position et estime que les outils mis à disposition par les opérateurs, notamment Facebook, sont suffisants et cite également le CCH à titre d'exemple d'autoréglementation (Rapport Médias Sociaux, p. 65 s.).

1489 Certains opérateurs publient les statistiques concernant les procédures de « *notice and takedown* » dans des rapports de transparence (« *transparency reports* » ; il est à noter que certains groupes d'intérêt – notamment *Electronic Frontier Foundation* – soutiennent la standardisation de tels rapports ; https://www.eff.org/deeplinks/2013/01/its-time-transparency-reports-become-new-normal). C'est notamment le cas de Google (http://www.google.com/ transparencyreport/removals/copyright/) et Twitter (https://transparency.twitter.com/copyright-notices).

Chapitre 5: Synthèse de la quatrième partie

859. Afin de bénéficier de la protection du droit d'auteur, les contenus générés par les utilisateurs doivent répondre aux trois caractéristiques de l'œuvre : une création de l'esprit dans un domaine littéraire ou artistique revêtant une certaine individualité[1490]. Ce dernier critère constitue l'obstacle principal à surmonter pour qu'un tel contenu soit considéré comme une œuvre au sens du droit d'auteur, étant précisé qu'une analyse au cas par cas doit être effectuée[1491].

860. Lorsque cet obstacle est dépassé (pour les contenus générés par les utilisateurs) et, de manière générale pour les autres œuvres[1492], il faut déterminer quels droits exclusifs des auteurs (patrimoniaux ou moraux) sont affectés et, si tel est le cas, s'il n'existe pas une exception susceptible de légitimer l'usage litigieux pour fonder une violation du droit d'auteur.

861. Les droits exclusifs concernés sont :

- la reproduction (art. 10 al. 2 *lit.* a LDA)[1493] : lorsque le contenu est copié sur un serveur ou un ordinateur, i.e. lors du téléchargement vers ou depuis un univers virtuel ;
- la mise à disposition (art. 10 al. 2 *lit.* c LDA) : lorsque le contenu est rendu accessible par le biais d'un univers virtuel[1494] ; une mise à disposition par le bien d'un lien hypertexte ou par *framing* interviendra à la condition que l'acte en question ait pour conséquence de rendre l'œuvre disponible à un public plus large que lors de la première mise à disposition de l'œuvre[1495] ;

1490 Art. 2 al. 1 LDA ; voir *supra*, N 666 ss.

1491 *Supra*, N 706.

1492 *I.e.* celles qui sont créées à l'extérieur des univers virtuels et pour lesquelles leur titulaire souhaite requérir la protection de la LDA.

1493 *Supra*, N 715 ss.

1494 *Supra*, N 723 s.

1495 *Supra*, N 725 ss.

- la diffusion (art. 10 al. 2 *lit.* d LDA)[1496] : lors d'une diffusion en flux continu à un nombre indéterminé de personnes qui doivent être en mesure de capter cette diffusion sans frais excessifs ;
- la retransmission (art. 10 al. 2 *lit.* e LDA)[1497] ;
- le droit de paternité (art. 9 al. 1 LDA)[1498] ;
- la divulgation (art. 9 al. 2 LDA)[1499] ; il est à noter que le droit de divulgation est épuisé dès le moment où un auteur publie son œuvre dans un univers virtuel, peu importe les paramètres de confidentialité ;
- le droit à l'intégrité (art. 11 LDA)[1500] : dans le contexte des univers virtuels, lorsqu'une modification technique (transcodage) est perceptible ;
- le droit d'accès à un exemplaire de l'œuvre (art. 14 al. 1 LDA)[1501] : lorsque l'auteur n'est plus en possession de son œuvre et que l'accès à celle-ci est indispensable pour exercer ses droits d'auteur.

862. En ce qui concerne les exceptions au droit d'auteur, l'usage privé a fait l'objet d'une analyse particulière. *De lege lata*, cette exception ne justifiera l'utilisation d'une œuvre que si elle intervient dans un cercle de personnes étroitement liées, les paramètres de confidentialité des publications jouant un rôle important[1502]. Pour tenir compte de l'évolution des pratiques des utilisateurs – notamment dans les univers virtuels – qui utilisent des œuvres existantes pour en créer de nouvelles sans but lucratif et sans perturber la commercialisation des œuvres originales, cette exception pour l'usage privé n'est plus suffisante. Il est ainsi proposé qu'une nouvelle exception aux droits d'auteur soit adoptée en droit suisse, à l'instar du droit canadien, afin

---

1496 *Supra*, N 733 ss.
1497 *Supra*, N 736.
1498 *Supra*, N 740 ss.
1499 *Supra*, N 745 ss.
1500 *Supra*, N 751 ss.
1501 *Supra*, N 764 ss.
1502 *Supra*, N 790 s.

de permettre aux utilisateurs d'Internet d'utiliser et de publier sur Internet des œuvres préexistantes à certaines conditions[1503].

863. Enfin, la responsabilité civile des opérateurs d'univers virtuels – et, plus généralement, des opérateurs de l'Internet – n'est pas clairement définie en droit suisse. Une proposition s'inspirant des solutions du droit de l'Union européenne et des Etats-Unis a été suggérée[1504] : des règles de responsabilité uniformes – quels que soient les droits concernés (*e.g.* droit d'auteur, de marque, ou de la personnalité) – qui sont déclenchées si l'opérateur ne met pas en place et ne met pas en œuvre une procédure se rapprochant du « *notice and takedown* » du droit américain.

1503 *Supra*, N 780 et N 794 ss.

1504 *Supra*, N 854 ss.

Conclusion

864. Les univers virtuels, à l'instar d'Internet, sont dématérialisés et dépassent les frontières étatiques pour toucher et mettre en relation des personnes (physiques et morales) dans le monde entier. Pour autant, le contrat d'utilisation d'un univers virtuel n'est pas un ovni qui survolerait les règles de droit en toute impunité. Des règles impératives issues de diverses branches du droit positif sont applicables pour défendre les intérêts dignes de protection, notamment des consommateurs, des utilisateurs et de leurs données personnelles, et les titulaires de droits de propriété intellectuelle (pour ne citer que les droits discutés dans ce travail).

865. D'un point de vue territorial, la compétence des tribunaux suisses est prévue, dans certains cas, par le droit international privé (CL et LDIP) pour garantir la protection des intérêts des résidents et titulaires de droits suisses. A ce titre, Internet représentait déjà un défi pour déterminer un rattachement en appliquant des principes adoptés avant son avènement. En tant que les univers virtuels présentent des spécificités (en particulier le fait qu'ils sont destinés à être utilisés dans le monde entier et visent les utilisateurs de tous les pays), des propositions de rattachement ont été proposées sur la base des développements de la doctrine, de la jurisprudence et de la Recommandation de l'OMPI. Ainsi, les tribunaux suisses sont compétents notamment pour connaître des litiges contractuels (*e.g.* lorsque l'univers virtuel est accessible aux consommateurs qui résident en Suisse)[1505] et de droit de la propriété intellectuelle (*e.g.* lorsque le résultat de la violation intervient en Suisse, soit lorsque les critères de rattachement des violations d'une marque sont présents dans le contexte spécifique de la violation)[1506]. En outre, le droit suisse est applicable dans certaines hypothèses[1507].

1505 *Supra*, N 93 ss.

1506 *Supra*, N 105 ss.

1507 *Supra*, N 123 ss.

866. En vertu du principe de la liberté contractuelle – qui prend tout son sens lorsque le contrat n'est pas spécifiquement réglementé, ni de manière impérative, ni de manière dispositive – les opérateurs peuvent tailler sur mesure le règlement d'accès et d'utilisation de leur univers virtuel. La détermination et l'analyse de l'objet et des obligations respectives des parties qui sont communes aux principaux univers virtuels actifs sur le marché ont permis d'offrir une qualification du contrat d'utilisation d'un univers virtuel. Il s'agit d'un contrat innommé *sui generis* qui comporte des aspects du contrat de licence et du contrat ASP[1508] et qui a pour objet l'accès et la mise à disposition d'une plateforme à un nombre important d'utilisateurs[1509] contre une prestation généralement fournie sous la forme d'une autorisation qu'ils concèdent à l'opérateur pour traiter leurs données personnelles dans un but commercial[1510].

867. Le principe de la liberté contractuelle n'est cependant pas absolu : le contrat doit s'inscrire dans un cadre fixé par les normes de droit impératif et ne pas comporter de clauses abusives. En ce sens, la protection des données et les principes relatifs à la licence de droits de propriété intellectuelle ont été étudiés[1511]. De plus, il ressort de l'analyse de l'art. 8 LCD que la protection contre les clauses abusives n'est pas satisfaisante en droit suisse[1512] : premièrement, la protection contre les clauses abusives n'est prévue que pour les consommateurs, à l'exclusion des personnes physiques ou morales qui agissent dans le cadre d'une activité commerciale, alors même que leur position (*bargaining power*) face à l'opérateur est comparable à celle d'un consommateur ; deuxièmement, la qualité pour agir dans le cadre de la LCD dépend de l'intérêt économique du demandeur – qui est absent lorsque la contre-prestation de l'utilisateur consiste en l'autorisation donnée à l'opérateur de traiter ses données personnelles – ce qui a pour conséquence d'affecter l'utilité pratique de l'art. 8 LCD dans le contexte des univers virtuels ; enfin, l'inclusion d'une liste de clauses réputées abusives, à l'instar

1508 *Supra*, N 223 ss.

1509 *Supra*, N 143 s.

1510 *Supra*, N 169 ss.

1511 *Supra*, N 395 ss respectivement N 372 ss.

1512 *Supra*, N 366 ss.

de ce qui est prévu en droit de l'Union européenne, est souhaitable en droit suisse.

868. En ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, il sied de relever que – du point de vue de l'étendue de la protection qui leur est conférée relativement à des violations commises dans des univers virtuels – les titulaires de marques traditionnelles (1) et les titulaires de droit d'auteur créés à l'extérieur des univers virtuels (2) ne jouissent pas d'une protection équivalente.

869. (1) Les titulaires de marques traditionnelles sont confrontés : (i) dans les mondes virtuels, à la notion de similarité entre produits qui – *de lege lata* – ne permet pas de conclure qu'un produit est similaire à un bien virtuel, même lorsque ce dernier constitue une représentation virtuelle du type de produit en question[1513] ; (ii) dans les réseaux sociaux, à la condition de l'usage commercial du signe litigieux et de la fonction d'identification de la marque[1514].

870. Concernant l'examen de la similarité entre produits, il est nécessaire – du moins dans le contexte des mondes virtuels – que les tribunaux interprètent cette notion de manière extensive, en prenant en compte le critère de diversification usuelle dans un secteur de l'économie comme le préconisait la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral[1515]. Il est à noter que l'examen de la similarité entre un service offert dans un monde virtuel et un service offert dans le monde réel ne soulève aucun problème particulier[1516]. De plus, la protection plus large accordée aux marques de haute renommée annihile l'obstacle posé par le principe de spécialité[1517].

871. Dans les réseaux sociaux, les limites posées par la condition de l'usage commercial sont justifiées et ne méritent pas, dans ce contexte, de souffrir une exception. En revanche, il faut relever que la fonction d'identification de la marque est atteinte lorsque celle-ci est utilisée dans un nom

---

1513 *Supra*, N 555 ss.

1514 *Supra*, N 604 ss et N 630 ss.

1515 *Supra*, N 561 ss.

1516 *Supra*, N 566.

1517 *Supra*, N 571 ss.

d'utilisateur ou un URL post nom de domaine, contrairement à ce que l'on pourrait déduire en interprétant la jurisprudence et la doctrine relatives aux noms de domaine[1518]. Par ailleurs, les règles développées en relation avec les *meta-tags* et le *keyword advertising* sont transposables aux *hashtags*[1519].

872. (2) Les titulaires de droit d'auteur créés à l'extérieur des univers virtuels jouissent d'une protection étendue dans le cadre des univers virtuels. En effets, leurs droits exclusifs patrimoniaux de reproduction, de mise à disposition, de diffusion et de retransmission sont susceptibles d'être mis en œuvre ainsi que leurs droits moraux de paternité, de divulgation, à l'intégrité de l'œuvre, à l'accès à un exemplaire de l'œuvre[1520].

873. De plus, les exceptions au droit d'auteur sont limitées, notamment celle permettant de justifier une atteinte au droit d'auteur par l'usage privé. *De lege lata*, cette exception ne justifiera l'utilisation d'une œuvre que si elle intervient dans un cercle de personnes étroitement liées, les paramètres de confidentialité des publications jouant à ce titre un rôle important[1521]. Pour tenir compte de l'évolution des pratiques des utilisateurs d'Internet – en particulier des univers virtuels – qui utilisent des œuvres existantes pour en créer de nouvelles sans but lucratif et sans perturber la commercialisation des œuvres originales, cette exception pour l'usage privé n'est plus suffisante. Il est ainsi proposé qu'une nouvelle exception aux droits d'auteur soit adoptée en droit suisse, à l'instar du droit canadien, afin de permettre aux utilisateurs d'utiliser et de publier sur Internet des œuvres préexistantes à certaines conditions, ceci dans le but de rééquilibrer les intérêts en présence à l'aune de cette nouvelle conjoncture[1522].

874. Outre ces cas de droits extérieurs aux univers virtuels, de nouveaux potentiels objets de protection propres à ceux-ci sont apparus : les « marques virtuelles » et les contenus générés par les utilisateurs. A ce titre, l'inégalité entre le droit des marques et le droit d'auteur est inversée. D'une part, les marques virtuelles doivent être admises à l'enregistrement : en

---

1518 *Supra*, N 600 ss.

1519 *Supra*, N 630 ss.

1520 Voir la liste des situations visées, *supra*, N 861.

1521 *Supra*, N 790 s.

1522 *Supra*, N 780 et N 794 ss.

classe 9, lorsqu'elle désigne un bien virtuel, et dans la classe correspondante, lorsqu'elle désigne un service[1523]. Elles jouissent ainsi de la protection conférée par la LPM. D'autre part, le seuil à atteindre pour bénéficier de la protection du droit d'auteur – fixé par la notion d'œuvre et en particulier par la condition d'individualité – est suffisamment élevé, à juste titre, pour exclure une grande partie des contenus générés par les utilisateurs[1524].

875. Enfin, la responsabilité civile des opérateurs d'univers virtuels – et, plus généralement, des opérateurs d'Internet – n'est pas clairement définie en droit suisse. Une proposition s'inspirant des solutions du droit de l'Union européenne et des Etats-Unis a été suggérée[1525] : des règles de responsabilité uniformes – quels que soient les droits concernés (*e.g.* droit d'auteur, de marque, ou de la personnalité) – qui sont déclenchées si l'opérateur ne met pas en place et ne met pas en œuvre une procédure se rapprochant du « *notice and takedown* » du droit américain.

876. A l'aune des droits analysés dans ce travail, le constat général est que le droit suisse n'est pas toujours à même d'appréhender tous les problèmes susceptibles de se produire en relation avec les univers virtuels. Dans certains cas – *e.g.* la protection des marques dans les mondes virtuels ou dans les réseaux sociaux (*i.e.* utilisation dans un nom d'utilisateur, un URL post nom de domaine, un hashtag ou dans le contenu d'une page) et les règles de rattachement à un for en Suisse – une interprétation du droit en vigueur permet de remédier à cet écueil. Dans d'autres cas – *e.g.* la protection contre les clauses abusives, les exceptions au droit d'auteur (*i.e.* la protection trop étendue des titulaires de droit d'auteur) et la responsabilité civile des opérateurs – une modification du droit est nécessaire. En ce sens, des propositions d'interprétation et *de lege ferenda* ont été suggérées.

877. Dans le domaine contractuel, l'analyse casuistique des contrats d'utilisation d'un univers virtuel démontre cependant que les opérateurs ont, de manière générale, usé de leur liberté contractuelle dans les limites du droit impératif

---

1523 *Supra*, N 473 ss.

1524 *Supra*, N 706.

1525 *Supra*, N 854 ss.

suisse. Par ailleurs, dans le but de combler les lacunes de la mise en œuvre judiciaire des droits de propriété intellectuelle et ainsi offrir une alternative relativement efficace aux titulaires, certains opérateurs ont mis en place des mécanismes privés de résolution des litiges. Bien que n'étant pas parfaites, ces initiatives privées – dictées par des motifs économiques[1526] – offrent tout de même des moyens supplémentaires aux titulaires pour faire valoir leurs droits.

878. Il n'en ressort pas moins qu'afin de garantir la prévisibilité et la sécurité du droit, le législateur et les tribunaux ont un rôle important à jouer : « [l]e faible nombre de décisions judiciaires et de jugements formels ainsi que le caractère confidentiel des règlements à l'amiable conclus entre les parties aux litiges ne favorisent pas la réduction de l'insécurité juridique concernant les questions considérées »[1527].

* * *

1526 SHAPIRO, p. 284 ss.

1527 OMPI SCT/25/3, N 39.

English Conclusions

Part 1 Conclusion (*Private International Law*)

The disputes on contractual matters (related to virtual worlds) are subject to the jurisdiction of Swiss courts in the following cases:

- the user is a consumer residing in Switzerland and the operator has its is established in a State that is not a party to the Lugano Convention[1528];
- the user is a consumer residing in Switzerland and the operator, which is established in a State that is a party to the Lugano Convention, targets its activities towards Switzerland[1529];
- the contract pertaining to the use of a virtual world contains a choice of forum provision in favor of Swiss courts[1530]; or
- the contract pertaining to the use of a virtual world does not contain a choice of forum provision and the defendant is located in Switzerland[1531];

The disputes on intellectual property law are subject to the jurisdiction of Swiss courts in the following cases:

- the dispute concerns the validity or registration of a Swiss trademark (or the Swiss part of an international trademark)[1532];
- the dispute concerns the validity of a Swiss copyrighted work[1533];
- in the context of intellectual property rights' infringements, when the defendant resides in Switzerland[1534]; or

---

1528 *See above*, N 93 ff.

1529 *See above*, N 97.

1530 *See above*, N 89, provided that such case is theoretical.

1531 *See above*, N 90.

1532 *See above*, N 119 ff.

1533 *See above*, N 120.

- in the context of intellectual property rights' infringements, when the violation or its consequences occur in Switzerland[1535].

Furthermore, Swiss law is applicable in the following cases:

- Swiss law is chosen as the applicable law in the contract pertaining to the use of a virtual world[1536];
- one of the parties to the dispute is a consumer residing in Switzerland[1537];
- a right under the Swiss intellectual property law is infringed in a virtual world; more precisely when on the one hand the protection of a Swiss trademark (or the Swiss part of an international trademark) is sought, and on the other hand, when a Swiss copyright is infringed[1538].

Part 2 Conclusion (*Contracts law*)

The contract pertaining to the use of a virtual world is a *sui generis* contract which includes aspects of license agreements and ASP contracts[1539] and whose object is the right of accessing the virtual world provided to the user by the operator[1540]. It is executed on the Internet for an indefinite period of time[1541] and can be terminated at any time[1542]. The main obligation of the operator consists of granting a license to users to access the platform and to use it[1543]. The main obligation of the user is the payment

---

1534 *See above*, N 104.

1535 *See above*, N 112 ff.

1536 *See above*, N 127 as regards contractual disputes and N 131 and 134 as regards intellectual property disputes, provided that such case is theoretical.

1537 *See above*, N 129 f.

1538 *See above*, N 132 as regards trademark law and N 133 as regards copyright law.

1539 *See above,* N 237 ff.

1540 *See above,* N 143.

1541 *See above,* N 237.

1542 *See supra,* N 418 ff.

1543 *See above,* N 147 ff.

or other consideration, which generally amounts to the authorization granted to the operator to process users' personal data, particularly for commercial purposes[1544].

In this Part, particular attention has been paid to the analysis of the general terms, especially their integration in the contract and their validity (in general as well as in terms of specific clauses in the contracts of use of a virtual world).

Further to the analysis of the relevant legal principles[1545] and the practice[1546] of the operators of virtual worlds, it appears that the integration of their terms of service is not particularly problematic.

The analysis of the validity – in the context of Article 8 of the Swiss Unfair Competition Law Act (UCL) and in comparison with US and EU laws – led to the finding that Swiss law is not satisfactory in several aspects[1547]: first, the protection against unfair terms is provided only for consumers, excluding the natural or legal persons acting in the course of a commercial activity, even though their bargaining power is akin to that of a consumer; second, being in the remit of the UCL is contingent upon the applicant's economic interests – which are absent when the consideration (instead of payment) of the user consists in the authorization granted to the operator to process personal data – affecting the practical use of Article 8 of the UCL in the context of virtual worlds[1548]; finally, a list of terms which are deemed unfair, such as that provided in EU law, should be adopted under Swiss law.

Four specific provisions were analyzed in light of relevant mandatory provisions of Swiss law and Article 8 of the UCL : the licenses granted by users to the operators on intellectual property rights relating to the content generated in and/or uploaded to the virtual world[1549]; unilateral changes to the contract by the operator[1550]; clauses prohibiting the transfer of the users' accounts[1551]; and the processing of users' personal data by the operators[1552]. None of these clauses is problematic as such,

---

1544 *See above,* N 169 ff; *see* also *above*, N 395 ff for a discussion on the processing of users' personal information and the conditions of such use.

1545 *See above,* N 250 ff.

1546 *See above,* N 263 ff.

1547 *See above,* N 366 ff.

1548 *See above*, N 363.

1549 *See above,* N 372 ff.

1550 *See above,* N 411 ff.

1551 *See above,* N 392 ff.

1552 *See above,* N 395 ff.

except Article 10.4 of the Twitter ToS which provides for a license on user-generated content's intellectual property rights that is not limited in time. However, their detailed analysis under Swiss law and the limits it imposes may provide guidance to the practitioner. It shall also be noted that the clauses selecting the forum and the applicable law of the United States do not bind the consumers residing in Switzerland[1553].

Part 3 Conclusion (*Trademark law*)

The protection of trademarks against improper use in a virtual world is not extensive, since the effective enforcement of Articles 3 and 13 of the Swiss Trademark Act (TA) is unlikely. There is every reason to believe that "counterfeit" virtual goods are not similar to actual products (or, at best, would be considered as only slightly similar)[1554], which logically leads to the exclusion of the likelihood of confusion, a central condition for determining a trademark infringement.

The best means of protecting their trademarks is for trademark owners to extend the protection of their trademark to the relevant analogous virtual goods. For such extension to be effective, the trademark owners must comply with the obligation to use the trademark in a virtual world; indeed, the use of the trademark in connection with a real product is not sufficient to maintain the rights over the "virtual part" of the trademark[1555].

A similar conclusion applies to the protection of trademarks registered to protect virtual goods. These "virtual trademarks" shall be accepted for registration in class 9, when they refer to a virtual good, and in the corresponding class, when it refers to a service[1556].

In the context of social networks – particularly for the issues related to usernames, URL post-domain names, and hashtags – the analysis is less complex, since the important developments in case law and legal literature regarding trademark

1553 *See above,* N 93 ff.

1554 See above, N 560 ff.

1555 *See above,* N 509 ff.

1556 *See above,* N 473 ff.

infringements in domain names, meta-tags and keyword advertising provide tools suited for analogical assessment of trademarks' infringements in social networks.

As for the usernames and URL post-domain names, the decisive criterion is the commercial use, which must be deemed as such when the use is made for advertising purposes[1557]. If this condition is met, the identification function (which shall be determined by the same criteria that are applicable to domain names[1558]) and the likelihood of confusion (which is analyzed in view of the content of the webpage in question[1559]) still need to be present for a trademark infringement to take place. Therefore, the particular case of fan pages will rarely fall into the scope of the TA[1560]. In addition, tarnishing a trademark in social networks is likely to be prohibited by virtue of the protection granted to well-known trademarks (Article 15 TA). Nevertheless, it was found in this context that the balance of interests between trademark law on the one hand, and freedom of expression on the other hand, will pressure the judges to be careful and not to provide excessive protection to trademark owners[1561].

With respect to hashtags, a distinction is drawn between free and paid use. In the first case, the question of the use in commerce shall be analyzed based on the same criteria as those applicable to usernames and URL post-domain names. In the second scenario, the use in commerce shall be presumed[1562]. Further, in order to determine trademark infringement, the other conditions of trademark infringement, developed in the context of meta-tags and keyword advertising, shall shall apply.

Finally, it is worth noteing that private mechanisms of trademark protection have been implemented by some operators. The case study of Facebook and Twitter has been presented[1563]. Although these systems have their shortcomings, they may prove useful and less costly compared to ordinary procedures.

1557 *See above,* N 604.

1558 *See above,* N 603.

1559 *See above,* N 607 ff.

1560 *See above,* N 612.

1561 *See above,* N 619 f.

1562 *See above,* N 634.

1563 *See above,* N 639 ff and respectively N 644 ff.

Part 4 Conclusion (*Copright law*)

In order to benefit from the protection of copyright law, user-generated content must meet the three characteristics of work (according to Article 2 of the Swiss Copyright Act (CA)): a literary and artistic intellectual creation with an individual character[1564]. The last criterion is the main obstacle to overcome in order for such content to be considered as a work under the CA, it being specified that a case-by-case analysis should be conducted[1565].

When this obstacle is overcome (for user-generated content and for other works in general), it should be determined which exclusive rights (commercial or moral) have been affected, and in such case, whether or not there is an exception that could legitimize the disputed use to establish a copyright infringement.

The relevant exclusive rights are:

- the right to create copies of the work (Article 10.2 (a) CA)[1566]: when the content is copied to a server or a computer, i.e. when downloading from or uploading to a virtual world;
- the right to make the work available (Article 10.2 (c) CA): when the content is made available through a virtual world[1567]; making the work available, according to Article 10.2 (c) CA, through a hyperlink or framing will take place if, as a result, the work becomes available to a wider public compared to the first time the work was made available[1568];
- the right to broadcast (Article 10.2 (d) CA)[1569]: when streaming to an indefinite number of people who are able to receive such stream without incurring excessive costs;
- the right to retransmit (Article 10.2 (e) CA)[1570];

1564 *See above*, N 666 ff.

1565 *See above,* N 706.

1566 *See above,* N 715 ff.

1567 *See above,* N 723 f.

1568 *See above,* N 725 ff.

1569 *See above,* N 733 ff.

- the paternity right (Article 9.1 CA)[1571];
- the right to the first publication (Article 9.2 CA)[1572]; it should be noted that the right to the first publication is exhausted from the moment the author publishes his work in a virtual world, regardless of the privacy settings;
- the right to the integrity of work (Article 11 CA)[1573]: in the context of virtual worlds, where technical changes (transcoding) are noticeable;
- the right of access to a copy of the work (Article 14.1 CA)[1574]: when the author is no longer in possession of his work and the access to it is necessary to exercise his rights.

Regarding the exceptions to copyright, the private use was specifically analyzed. *De lege lata*, this exception will justify the use of a work only if it occurs in a circle of closely related persons, and in this respect the privacy settings for the publications will play an important role[1575]. This private use exception is no longer sufficient to take into account the changes in the behavior of users – especially in virtual worlds – who use existing works to create new ones without aiming at making profit and without disrupting the commercialization of original works. It has thus been recommended that a new exception to copyright be adopted under Swiss law (similar to Canadian law) to enable the Internet users to use and publish the existing works on the Internet under certain conditions[1576].

Finally, the civil liability of operators of virtual worlds – and, more generally, of Internet service providers – is not clearly defined under Swiss law. A suggestion inspired by the solutions found under EU and US law has been made[1577]: uniform liability rules – irrespective of the rights in question (e.g. copyright, trademark, or personality rights) – that are triggered if the operator does not develop and implement a complaint mechanism similar to the notice and takedown of US law.

1570 *See above,* N 736.

1571 *See above,* N 740 ff.

1572 *See above,* N 745 ff.

1573 *See above,* N 751 ff.

1574 *See above,* N 764 ff.

1575 *See above,* N 790 f.

1576 *See above,* N 780 and N 794 ff.

1577 *See above,* N 854 ff.

General Conclusion

Virtual worlds, like the Internet, are dematerialized and exist beyond state borders in terms of reaching and connecting natural and legal persons worldwide. However, mandatory rules of various branches of positive law apply to the contracts pertaining to the use of a virtual world in order to protect the interests worthy of protection, including those of consumers, users and their personal data, and of intellectual property rights' owners.

From a territorial standpoint, in certain cases the jurisdiction of the Swiss courts is provided for by private international law to ensure the protection of interests of residents and rightholders under Swiss law. In this respect, the Internet was already a challenge in terms of determining a connecting factor while applying the principles adopted before its development. As virtual worlds have specific characteristics (in particular, the fact that they are intended to be used worldwide and target users of all the countries), a new connecting factor test has been proposed on the basis of developments in the literature, case-law, and the WIPO Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of Marks, and Other Industrial Property Rights in Signs, on the Internet of October 2001: Swiss courts have jurisdiction to hear contractual disputes (e.g. when the virtual world is accessible to consumers residing in Switzerland) and intellectual property disputes (e.g. when the results of the infringement occur in Switzerland).

By virtue of the principle of freedom of contract – which is particularly relevant when the contract is not specifically regulated – operators can develop their own regulations on the access and use of their virtual world. The identification and analysis of the object of the contract and the respective obligations of the parties helped providing a qualification of the contract pertaining to the use of a virtual world. It is a *sui generis* contract which includes elements of the license agreement and ASP contract and which has as its object the access and the use of a platform made available to a large number of users in exchange for a consideration usually under the form of an authorization granted to the operator to process their personal data for commercial purposes.

The principle of freedom of contract, however, is not absolute: the contract must be within a framework established by imperative provisions of law and must not include unfair terms. In this sense, data protection and principles pertaining to the license of intellectual property rights have been analyzed. Moreover, the analysis of Article 8 of the UCA demonstrates that protection against unfair terms is not satisfactory under Swiss law.

As for the intellectual property rights, it should be noted that – in terms of the scope of protection conferred on them with respect to the infringements in virtual worlds – trademark owners (1) and holders of copyright for works created outside the virtual world (2) do not enjoy the same level of protection.

(1) Trademark owners face two difficulties: (i) in virtual worlds, the notion of similarity between products, which – *de lege lata* – does not allow to infer that a material product is similar to a virtual good, even when it is a virtual representation of the type of product in question; and (ii) in social networks, the condition of the use in commerce of the contested trademark and the identification function thereof.

Regarding the examination of the similarity between products, it is necessary that – at least in the context of virtual worlds – the courts interpret this concept broadly, taking into consideration the usual diversification criterion in a particular sector of economy, as advocated by the earlier case-law of the Federal Tribunal. It should be noted that the examination of the similarity between a service offered in a virtual world and a service in the real world is not particularly problematic. In addition, it should be noted that the wider protection granted to well-know trademarks annihilates the obstacle posed by the principle of specialty.

In social networks, the limits set by the condition of the use in commerce are justified and in this context should not be subject to an exception. However, it should be noted that the function of trademark identification is fulfilled when the trademark is used in a username or a URL post-domain name, as opposed to what might be inferred from interpreting the case law and literature related to domain names. Moreover, the rules developed in connection with the meta-tags and keyword advertising shall be transposed to hashtags.

(2) The copyright owners for works created outside virtual worlds enjoy protection in virtual worlds. In fact, their exclusive economic rights to create copies of their works and to make it available, the right to broadcasting and retransmission, as well as the right to paternity, the right to publication, the right to the integrity of a work, and the right of access to a copy of the work may be enforceable.

Moreover, the exceptions to copyright are limited and a focus was made on the private use exception. *De lege lata*, this exception will justify the use of a work only if it occurs in a circle of closely related persons ; in this respect, the privacy settings for posting content in virtual worlds will play an important role. It is contended that this private use exception is no longer sufficient to take into account the changes in the behavior of users – especially in virtual worlds – who use existing works to create new ones without aiming at making a profit and without disrupting the commercialization of original works. It has also been recommended that a new exception to copyright be adopted under Swiss law (similar to Canadian law) to enable Internet users to use and publish existing works on the Internet under certain conditions. This would allow to adequately balance the relevant interests at hand in the light of this new context.

In addition, new potential objects of protection inherent to virtual worlds have emerged: "virtual trademarks" and user-generated content. In this respect, the inequality between trademark law and copyright is inverted. On the one hand, the virtual trademarks shall be accepted for registration: in class 9, when designating a virtual good, and in the corresponding class, when designating a service. On the other hand, the threshold to benefit from the protection of copyright – set by the notion of work and in particular by the condition of individuality – is fairly high ; consequently, the individuality criterion excludes a large part of user-generated content.

The civil liability of virtual worlds' operators – and, more generally, of Internet service providers – is not clearly defined under Swiss law. A suggestion inspired by the solutions found under EU and US law has been made: uniform liability rules – irrespective of the rights in question (e.g. copyright, trademark, or personality rights) – that are triggered if the operator does not develop and implement a complaint mechanism similar to the notice and takedown of US law.

In light of the rights discussed in this dissertation, the general finding is that Swiss law is not always able to apprehend all issues that may occur in relation to virtual

worlds. In some cases – e.g. the protection of trademarks in virtual worlds or social networks (i.e. use in usernames, URL post-domain names, hashtags, or in the content of a webpage) and the connecting factors to assess whether and when Swiss courts have jurisdiction over a dispute – an interpretation of the law in force overcomes this pitfall. In other cases – e.g. the protection against unfair terms, exceptions to copyright (i.e. the excessive protection of copyright owners), and the civil liability of operators – a change of law is necessary. In this respect, suggestions for the interpretation of Swiss law provisions and for amendments to the law have been made.

In contractual matters, the analysis of contracts pertaining to the use of a virtual world, however, demonstrates that operators have, in general, exercised their contractual freedom within the limits of mandatory Swiss law. Moreover, in order to fill the gaps in the enforcement of intellectual property rights and thus to provide a relatively efficient alternative to the relevant rightholders, some operators have implemented private mechanisms to resolve disputes. Although they are not perfect, these private initiatives – dictated mostly by economic reasons – still offer rightholders a complementary means to enforce their rights.

This does not diminish the role of the legislator and of the courts in ensuring legal certainty and predictability: *"[t]he paucity of judicial decisions and pronouncements and the confidential character of the settlements reached between litigating parties do not help in reducing the legal uncertainty related to the said issues"*[1578].

[1578] WIPO SCT/25/3, N 39.