



Article scientifique

Article

2014

Published version

Public access

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

---

## Défis du droit d'auteur dans un monde connecté

---

de Werra, Jacques

### How to cite

DE WERRA, Jacques. Défis du droit d'auteur dans un monde connecté. In: Sic!, 2014, n° 4, p. 194–211.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:36864>

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

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 22:15

## Perspective «Inside-Out»

## Défis du droit d'auteur dans un monde connecté\*

JACQUES DE WERRA\*\*

Le droit d'auteur est confronté à de nombreux défis dans le monde connecté des réseaux numériques. Parmi ces défis (qui ne peuvent pas faire l'objet d'une analyse systématique dans la présente contribution) figure en particulier celui des modalités de gestion des droits (individuelle ou collective), la gestion collective devant trouver le moyen de mettre en œuvre des tarifs qui soient en adéquation avec une réalité technologique et commerciale en mutation constante. Le rôle des intermédiaires constitue un autre défi important, et ce non seulement sous l'angle de leur responsabilité éventuelle, mais également dans la perspective d'une exploitation optimisée de leurs spécificités dans l'intérêt des parties prenantes (en particulier des titulaires de droits). Le monde connecté suppose aussi d'élaborer un régime qui permette de gérer la circulation des biens numériques, soit la capacité des utilisateurs de transférer à des tiers les biens numériques qu'ils ont obtenu et dont ils souhaitent se défaire. Les réseaux numériques reflètent par ailleurs de façon

exemplaire le phénomène de l'innovation ouverte, qui repose sur des interactions étroites et multiples entre les acteurs du marché, qui recherchent l'innovation chez autrui (*inbound open innovation*) et explorent des canaux externes pour diffuser leur propre créativité (*outbound open innovation*). L'innovation ouverte crée toutefois des situations de dépendance auxquelles il faut être attentif, comme le montre la jurisprudence suisse et étrangère. Enfin, le monde connecté repose sur une architecture informatique complexe, qui met en évidence l'importance fondamentale des logiciels dans cet environnement. Or, le traitement des logiciels par le droit d'auteur reste parfois incertain. En somme, les défis actuels et futurs du droit d'auteur restent nombreux. Ils semblent en tout état inviter à revisiter le rôle des autorités, qui évolue d'une fonction de décideur à celle d'observateur ou même de médiateur et arbitre des intérêts opposés des parties prenantes. Le droit d'auteur, qui protège la créativité et l'innovation, se doit d'être lui-même innovateur pour faire face avec efficacité aux défis du monde numérique.

Das Urheberrecht steht in einer über digitale Netzwerke verbundenen Welt vor vielen Herausforderungen. Zu diesen Herausforderungen (die in diesem Beitrag nicht systematisch analysiert werden können) gehören insbesondere die Modalitäten der Rechteverwertung (individuell oder kollektiv). Die kollektive Verwertung muss Mittel finden, um Tarife aufzustellen, die im Einklang stehen mit

der sich ständig wandelnden technologischen und kommerziellen Realität. Die Rolle der Intermediäre ist eine weitere wichtige Herausforderung, nicht nur im Hinblick auf ihre mögliche Haftung, sondern auch aus der Perspektive einer optimierten Verwertung ihrer Besonderheiten im Interesse der Beteiligten (vor allem der Rechteinhaber). Die vernetzte Welt bedingt auch, ein System zu entwickeln, das die Zirkulation digitaler Daten erlaubt, nämlich die Fähigkeit der Nutzer, digitale Daten, die sie erhalten haben und von denen sie sich wieder trennen möchten, an Dritte zu transferieren. Digitale Netzwerke zeigen auch auf beispielhafte Weise das Phänomen offener Innovation, das auf engen und vielfältigen Wechselwirkungen zwischen den Marktteilnehmern beruht, die bei anderen Innovation nachsuchen (*Inbound Open Innovation*) und externe Kanäle erkunden, um ihre eigene Kreativität zu verbreiten (*Outbound Open Innovation*). Offene Innovation schafft allerdings auch Abhängigkeitssituationen, die im Auge zu behalten sind, wie in- und ausländische Rechtsprechung zeigt. Schliesslich basiert die vernetzte Welt auf einer komplexen Informatik-Architektur, welche die grundlegende Bedeutung von Software in diesem Umfeld aufzeigt. Die Behandlung von Software durch das Urheberrecht bleibt indessen oft unklar. Zusammengefasst verbleiben zahlreiche aktuelle und künftige Herausforderungen an das Urheberrecht. Sie scheinen in jedem Fall dazu einzuladen, die Rolle der Behörden zu überdenken, die sich wandelt von der Funktion als Entscheidungsträger

\* La présente contribution reflète la présentation faite lors du colloque du 22 novembre 2013 à l'Institut fédéral de la Propriété Intellectuelle sur le thème «La propriété au XXI<sup>ème</sup> siècle»; elle se fonde également sur certaines réflexions présentées à l'occasion d'un colloque célébrant le 30<sup>ème</sup> anniversaire de l'Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle organisé à Paris en novembre 2012 et consacré au thème «Vers une rénovation de la propriété intellectuelle?» dont les actes seront publiés en 2014.

\*\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève; Faculty Associate au Berkman Center for Internet and Society, Harvard University.

zu derjenigen eines Beobachters oder Mediators und Schiedsrichters der sich widersprechenden Interessen der Beteiligten. Das Urheberrecht, das Kreativität und Innovation schützt, muss selbst zum Erneuerer werden, um sich den Herausforderungen der digitalen Welt wirkungsvoll zu stellen.

- I. Introduction
- II. Gestion individuelle ou collective des droits
- III. Rôle des intermédiaires
  - 1. Introduction
  - 2. Responsabilité des intermédiaires
  - 3. Rôle des intermédiaires dans la mise en œuvre de la protection
- IV. Cadre juridique permettant de gérer la circulation des biens numériques
- V. Innovation ouverte
  - 1. Gestion de l'interdépendance
  - 2. Cadre juridique approprié pour les contrats de droit d'auteur
- VI. Protection des logiciels
- VII. Perspectives

## I. Introduction

Internet et les réseaux numériques font partie de la vie sociale et professionnelle d'une frange toujours plus importante de la population mondiale<sup>1</sup>, évolution qui n'épargne pas la Suisse. Internet a ainsi provoqué une évolution profonde et durable de la société, qui va naturellement bien au-delà du seul domaine de la propriété intellectuelle et, particulièrement du droit d'auteur. Force est d'emblée de constater que les réseaux numériques ont incontestablement été des stimulateurs d'innovations juri-

diques. Ils ont en effet poussé les autorités (tant les tribunaux que les régulateurs) à adapter le cadre légal à l'environnement numérique afin de faire face aux menaces créées par l'univers en ligne et à lancer des initiatives dans ce but<sup>2</sup>. Qu'il s'agisse de droit d'auteur<sup>3</sup>, ou d'autres droits de propriété intellectuelle (particulièrement le droit des marques<sup>4</sup>), les autorités publiques<sup>5</sup> et privées<sup>6</sup>, internationales, régionales et nationales, n'ont pas tardé à réagir afin de répondre à ces nouveaux défis, en adoptant des textes légaux ou des lignes directrices (sans force contraignante)<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Le groupe de travail «AGUR12» (qui a été institué en août 2012 par la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga, cheffe du Département fédéral de justice et police [DFJP] afin d'améliorer la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et dont la direction a été confiée à M. ROLAND GROSSENBACHER, directeur de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, voir le communiqué de presse: [www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2012/2012-08-09.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2012/2012-08-09.html) et le mandat de l'AGUR12: [www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/d/agur12\\_mandat.pdf](http://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/agur12_mandat.pdf)) a publié son rapport le 6 décembre 2013 («Rapport AGUR12», accessible à: [www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/f/Rapport\\_final\\_AGUR12\\_du\\_28\\_novembre\\_2013\\_F.pdf](http://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/f/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf)), voir la page dédiée: [www.ige.ch/fr/droit-dauteur/agur12.html](http://www.ige.ch/fr/droit-dauteur/agur12.html).

<sup>3</sup> Spécifiquement l'adoption en 1996 à Genève des «Traités Internet de l'OMPI», soit le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et le Traité de l'OMPI sur les performances et phonogrammes (WPPT), [www.wipo.int/copyright/fr/activities/wct\\_wppt/wct\\_wppt.html](http://www.wipo.int/copyright/fr/activities/wct_wppt/wct_wppt.html).

<sup>4</sup> En particulier l'adoption de l'Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy ([www.icann.org/en/help/dndr/udrp](http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp)) par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) en 1999.

<sup>5</sup> A commencer par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI).

<sup>6</sup> P. ex. l'ICANN qui est une «California Nonprofit Public-Benefit Corporation» ([www.icann.org/en/about/governance/bylaws](http://www.icann.org/en/about/governance/bylaws)).

<sup>7</sup> On évoquera ici à titre d'exemple la Recommandation commune concernant la protection des marques, et autres droits de propriété industrielle relatifs à des signes, sur l'internet adoptée par l'Assemblée de l'Union de Paris pour la protection de la propriété

L'existence de ces normes n'a toutefois pas empêché le recours fréquent aux tribunaux qui ont ainsi été amenés à définir les contours et les limites de la protection des droits de propriété intellectuelle sur les réseaux numériques, en dépassant d'ailleurs parfois le domaine propre du droit de la propriété intellectuelle. Preuve en est le récent arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme qui a confirmé (à l'unanimité) dans l'affaire «Neil et Sunde Kolmisoppi c. Suède» (requête no 40397/12) que la condamnation pénale des deux cofondateurs de «The Pirate Bay» (une plate-forme en ligne qui permet la mise à disposition et l'échange de fichiers numériques) pour complicité de violation de droit d'auteur ne violait pas leur liberté d'expression<sup>8</sup>.

Peut-on dès lors considérer aujourd'hui, compte tenu de (et grâce à) cette importante activité réglementaire et à l'abondance de la jurisprudence rendue, que le droit d'auteur a atteint une phase de *maturité* et répond ainsi efficacement aux défis posés par les réseaux numériques? La modestie et l'honnêteté forcent à répondre par la négative<sup>9</sup>.

industrielle et l'Assemblée générale de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) à la trente-sixième série de réunions des Assemblées des États membres de l'OMPI (24 septembre–3 octobre 2001), (publication OMPI 845 accessible à: [www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/fr/development\\_iplaw/pdf/pub845.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/fr/development_iplaw/pdf/pub845.pdf)).

<sup>8</sup> L'arrêt rendu le 19 février 2013 est accessible (en anglais) à: [hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-117513](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-117513).

<sup>9</sup> Si la réflexion est conduite ici dans la perspective du droit suisse, il est clair que celle-ci doit (tenter de) tirer des enseignements des expériences faites à l'étranger, en particulier au sein de l'Union européenne; pour un regard externe porté sur le droit suisse (à la lumière du droit allemand), voir la contribution de T. HOEREN, *Sieben Beobachtungen und eine Katastrophe [dans le présent numéro, 212 ss]*; les développements présentés ici traitent du droit d'auteur, mais ils valent également pour les droits voisins.

<sup>1</sup> R. FARIS/R. HEACOCK, Introduction, in: U. Gasser/R. Faris/R. Heacock (éds), *Internet Monitor 2013: Reflections on the Digital World*, Berkman Center for Internet and Society, décembre 2013, [ssrn.com/abstract=2366840](http://ssrn.com/abstract=2366840), 3 («Internet penetration—the percentage of people using the Internet—worldwide has been steadily rising, and reached 41.8 percent of the global population, or around 2.9 billion people, last year [2012]»).

Il suffit ainsi de prêter attention aux nombreuses questions soumises à la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>10</sup> par les tribunaux de différents Etats membres ou récemment tranchées par cette dernière et aux travaux de révision du droit d'auteur en cours dans nombre de systèmes juridiques<sup>11</sup> pour constater que des volets importants de la protection du droit d'auteur sur les réseaux restent encore incertains, voire nébuleux<sup>12</sup>. Il en va ainsi en particulier de la question de la légalité sous l'angle du droit d'auteur de la mise à disposition d'une œuvre par le moyen de liens hypertextes (soit la prestation de fournir un lien cliquable, *linking*)<sup>13</sup> ou de

cadrage (*framing*)<sup>14</sup> au contenu protégé d'un site tiers, de même que celle de la faculté de se prévaloir d'une exception au droit d'auteur pour usage privé en cas de téléchargement lorsque la mise à disposition originelle de l'œuvre était illicite<sup>15</sup>.

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, doit être interprété en ce sens que ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture sur un site Internet de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet; voir aussi les affaires CJUE C-348/13 («BestWater International GmbH c. Michael Mebes et Stefan Potsch») et C-279/13 («C More Entertainment AB c. Linus Sandberg»); cette question figure parmi celles soumises à consultation par la Commission européenne, cf. Consultation (n. 11), 12; pour le droit suisse, voir R. M. HILTY, Zur Zulässigkeit des «Link» – rechtliches Damoklesschwert für die Internettechnologie?, in: R.H. Weber/R.M. Hilty/R. Auf der Maur (éds), Geschäftsplattform Internet III – Kapitalmarkt – Marktauftritt – Besteuerung, Zurich 2002, 123; M. BRUNNER, Die Zulässigkeit von Hyperlinks nach schweizerischem Recht, Berne 2001.

<sup>10</sup> Sans pouvoir exposer ici les questions parfois fondamentales tranchées par les tribunaux nationaux: preuve en est l'arrêt rendu par la UK Supreme Court dans l'affaire «The Public Relations Consultants Association v The Newspaper Licensing Agency & Ors» [2013] UKSC 18, du 17 avril 2013 dans lequel Lord Sumption expose l'importance de la question litigieuse («This appeal raises an important question about the application of copyright law to the technical processes involved in viewing copyright material on the internet»).

<sup>11</sup> L'Union européenne a ainsi récemment lancé des consultations publiques sur la refonte du droit d'auteur européen, voir le communiqué de presse du 5 décembre 2013, «Droits d'auteur: la Commission lance une consultation publique» (IP/13/1213), accessible à: [europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-1213\\_fr.htm?locale=fr](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1213_fr.htm?locale=fr); le document soumis à consultation «Public Consultation on the review of the EU copyright rules» est accessible à: [ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf); le site dédié est: [ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_fr.htm).

<sup>12</sup> Comme l'application du droit d'auteur dans le contexte de l'informatique dans les nuages (cloud computing), voir N. BERANEK ZANON / C. DE LA CRUZ BÖHRINGER, Urheberrechtliche Beurteilung von IaaS- (und XaaS)-Cloud-Diensten für die betriebliche Nutzung gemäss Art. 19 URG, sic! 2013, 663 ss; V. SALVADÉ, Le droit d'auteur dans le nuage ou dans le brouillard? Aspects juridiques concernant le «cloud computing», sic! 2012, 161.

<sup>13</sup> Arrêt de la CJUE du 13 février 2014, (C-466/12, «Svensson et al. c. Retriever Sverige AB») qui a (notamment) décidé que l'art. 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du

<sup>14</sup> Le Bundesgerichtshof allemand a ainsi soumis à la CJUE la question de savoir si le «framing» constitue une communication de l'œuvre au public par décision du 16 mai 2013 (réf. I ZR 46/12 – «Die Realität»); voir le communiqué de presse du Bundesgerichtshof du 16 mai 2013, «Bundesgerichtshof legt dem Gerichtshof der Europäischen Union Frage zur urheberrechtlichen Zulässigkeit des «Framing» vor»: [juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2013&Sort=3&nr=64107&pos=0&anz=89&Blank=1](http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2013&Sort=3&nr=64107&pos=0&anz=89&Blank=1).

<sup>15</sup> Demande de décision préjudicielle du Hoge Raad hollandais (affaire «ACI Adam e.a.», C-435/12) concernant l'interprétation de l'art. 5, par. 2 et 5, de la 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 et de l'art. 14 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle; le Rapport AGUR12 (n. 2), ch. 9.3.1, 77 considère pour sa part que le téléchargement à partir de sources illégales doit continuer d'être admis «comme le pré-

La présente contribution ne pouvant prétendre faire un état des lieux complet en droit suisse de l'application du droit d'auteur sur les réseaux numériques<sup>16</sup>, elle se concentrera sur quelques défis particuliers posés par les réseaux, soit la gestion individuelle ou collective des droits (II), le rôle des intermédiaires (III), la circulation des biens numériques (IV), l'innovation ouverte (V) et la protection des logiciels (VI).

## II. Gestion individuelle ou collective des droits

Le monde connecté qu'ouvre Internet est un monde *désintermédié*: il permet une communication globale et instantanée qui s'affranchit largement des intermédiaires traditionnels de diffusion des œuvres (qui ont ou avaient la fonction de distribuer les biens culturels au public – sous la forme de produits physiques) et des autres contenus protégés par le droit d'auteur. Les moyens

voit le droit en vigueur selon la doctrine dominante».

<sup>16</sup> Pour un remarquable état des lieux, voir T. DREIER/M. LEISTNER, Urheberrecht im Internet: die Forschungs Herausforderungen, GRUR 2013, 881; sur la question du droit d'auteur sur Internet sous l'angle du droit suisse, voir L. BÜHLER, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Fribourg 1999; Y. BU, Die Schranken des Urheberrechts im Internet, eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen und chinesischen Urheberrechts, Berne 2004; P. GILLIÉRON, Propriété intellectuelle et Internet, Lausanne 2003; A. GLARNER, Musikpiraterie im Internet, Berne 2002; la présente contribution ne traitera en particulier pas de la thématique – même si celle-ci est naturellement importante en pratique et médiatique – de la responsabilité des internautes en tant que consommateurs d'œuvres protégées, qui soulève assurément nombre de questions (notamment en lien avec la protection des données personnelles: ATF 136 II 508; à ce sujet, voir D. ROSENTHAL, Logi-step: Offenbar ein Einzelfallentscheid, digma 2011, 40) et nécessiterait ainsi des développements approfondis qui dépasseraient le cadre et l'objectif de la présente contribution.

technologiques permettent ainsi à tout à chacun de diffuser en ligne ses créations à sa guise aux conditions qu'il peut librement définir (notamment sur le plan financier). Dans cette perspective, Internet permet une gestion individuelle de leurs œuvres par les titulaires de droits. Internet ne fait toutefois pas disparaître la légitimité et l'intérêt de la gestion collective<sup>17</sup>, la technologie numérique – qui s'affranchit naturellement des frontières – requérant toutefois certaines adaptations, exigées notamment par le droit de la concurrence<sup>18</sup>. Telle est précisément l'évolution au sein de l'Union européenne, dans laquelle une directive sur la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la concession de licences multi-territoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur vient d'être adoptée<sup>19</sup>.

La gestion collective offre naturellement l'avantage de réduire, voire de faire disparaître les coûts de transaction grâce à la mise en œuvre des tarifs<sup>20</sup>. Les

tarifs, résultant principalement de négociations conduites entre les parties intéressées sous le contrôle des autorités compétentes, matérialisent ainsi l'avantage de la gestion collective. Or, il faut relever que cet avantage ne se concrétise qu'une fois que les tarifs ont été adoptés et qu'ils sont entrés en vigueur. En effet, force est de constater que la mise en œuvre des tarifs peut susciter certaines difficultés<sup>21</sup>, compte tenu du

de délimitation), cf. p. ex. S. RIZVI, Die Tarife des Schweizer Urheberrechts, sic! 2012, 769 ss; ce qui fait que le groupe de travail AGUR12 a reconnu «le besoin de simplifier le paysage tarifaire» (Rapport AGUR12 [n. 2], ch. 9.2.2, 76); les droits à rémunération posent d'ailleurs de nombreuses questions également en dehors de la Suisse, comme le montre l'abondante jurisprudence de la CJUE rendue sur ces questions: arrêt du 16 juin 2010, affaire C-467/09, «Stichting de Thuis-kopie contre Opus Supplies Deutschland GmbH, Mijndert van der Lee, Hananja van der Lee»; arrêt du 21 octobre 2010, affaire C-467/08, «Padawan SL contre Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)»; arrêt du 9 février 2012, affaire C-277/10, «Martin Luksan contre Petrus van der Let»; arrêt du 27 juin 2013, affaire jointes, «Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) contre Kyocera, anciennement Kyocera Mita Deutschland GmbH, Epson Deutschland GmbH, Xerox GmbH (C-457/11), Canon Deutschland GmbH (C-458/11)», et «Fujitsu Technology Solutions GmbH (C-459/11), Hewlett-Packard GmbH (C-460/11), contre Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)»; arrêt du 11 juillet 2013, affaire C-521/11, «Amazon.com International Sales Inc., Amazon EU Sàrl, Amazon.de GmbH, Amazon.com GmbH (en liquidation), Amazon Logistik GmbH contre Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH»; voir aussi les affaires en cours: conclusions de l'avocat général M. PEDRO CRUZ VILLALÓN présentées le 9 janvier 2014 dans l'affaire C-435/12, «ACI Adam BV and Others contre Stichting de Thuiskopie and Others» et les questions préliminaires présentées dans l'affaire C-436/12, «Copydan Båndkopi contre Nokia Danmark A/S».

<sup>21</sup> Les réflexions présentées ici le sont naturellement à titre personnel (nonobstant le fait que l'auteur de la présente contribution est membre de la Commission fédérale arbitrale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins).

temps qui peut s'écouler jusqu'à leur adoption définitive, ceci résultant des voies de droit et des moyens de procédure offerts aux parties<sup>22</sup>. Le facteur temps pose ainsi des questions dans la mesure où la technologie et les usages des consommateurs évoluent rapidement, ce qui est susceptible de rendre désuet ou inadapté le tarif concerné, ceci valant tout particulièrement pour les rémunérations perçues sur les supports de données (art. 20 al. 3 LDA). Il existe ainsi un risque de décalage entre la réalité technologique et commerciale<sup>23</sup> et le tarif (finalement) en vigueur. En somme, si la gestion collective réduit manifestement les coûts de *transaction* entre utilisateurs et titulaires de droits, elle laisse néanmoins subsister le coût d'*adoption* des tarifs qui peut être assez élevé (même s'il est difficilement estimable)<sup>24</sup>. On pourrait ainsi songer à offrir une procédure de renvoi préjudiciel directement au Tribunal fédéral en vue de l'interprétation de la portée de certaines normes légales en matière de gestion collective<sup>25</sup>, tout par-

<sup>17</sup> Voir C. B. GRABER, Is there Potential for Collective Rights Management at the Global Level? Perspectives of a New Global Constitutionalism in the Creative Sector, in: S. Frankel/D. Gervais (éds), *The Evolution and Equilibrium of Copyright in the Digital Age*, Cambridge 2014 (à paraître); voir aussi l'ouvrage collectif C. B. GRABER/C. GOVONI/M. GIRSBERGER/M. NENOVA (éds), *Digital Rights Management – The End of Collecting Societies?*, Berne et al. 2005.

<sup>18</sup> Voir p. ex. Y. DIRINGER, *Gestion collective des droits d'auteur et droit de la concurrence*. Pour une relecture à l'heure d'Internet, Aix-Marseille 2011.

<sup>19</sup> Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la concession de licences multiterritoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, JOCE du 20 mars 2014, no L 84; C. B. GRABER, *Collective Rights Management, Competition Policy and Cultural Diversity: EU Lawmaking at a Crossroads*, WIPO Journal 2012, 35 ss.

<sup>20</sup> Même si la multiplication des tarifs est susceptible de causer des difficultés (notamment

<sup>22</sup> L'effet suspensif d'un recours contre un tarif tente ainsi d'être annihilé par des requêtes de mise en œuvre provisionnelle des tarifs, ce qui pose des questions délicates et montre en tout état la difficulté de prendre en compte les intérêts opposés des utilisateurs, qui souhaitent bénéficier des moyens attachés aux voies de recours (effet suspensif), et ceux des sociétés de gestion, soucieuses de pouvoir mettre en œuvre les tarifs nonobstant le dépôt d'un recours; voir TAF du 12 mars 2013, B-8558/2010, consid. 2.2; art. 56 PA.

<sup>23</sup> Le risque est notamment qu'un tarif longuement négocié ne soit en pratique plus appliqué car portant sur un mode d'exploitation devenu désuet.

<sup>24</sup> Le Rapport AGUR12 (n. 2), ch. 9.2.3, 76, recommande ainsi d'accélérer la procédure d'approbation des tarifs.

<sup>25</sup> A l'image de la procédure de renvoi préjudiciel en interprétation à la CJUE qui existe en droit européen; on doit d'ailleurs relever que la répartition des compétences entre les autorités chargées de l'adoption et de la mise en œuvre des tarifs et celles en charge de la surveillance (administrative) des sociétés de gestion peut donner lieu à des difficultés, voir B. WITTEWELER, *Zur Abgrenzung der Zustän-*

ticulièrement lorsqu'il s'agit de décider si un usage relève ou non de la gestion collective et est ainsi susceptible de donner lieu au prélèvement d'une rémunération et de faire dès lors l'objet d'un tarif.

### III. Rôle des intermédiaires

#### 1. Introduction

Si les internautes sont en mesure de diffuser directement des œuvres en ligne en faveur d'un public planétaire<sup>26</sup>, ce qui peut constituer une violation des droits d'auteur de tiers<sup>27</sup>, la communication en ligne suppose néanmoins le recours à différents intermédiaires, dont les services facilitent sensiblement l'utilisation d'Internet, voire sont immanents aux réseaux numériques, qu'il s'agisse de moteurs de recherche, ou de fournisseurs d'autres types de services en ligne (notamment d'accès et d'hébergement). Se pose ainsi la question de la responsabilité de ces intermédiaires (ci-dessous III.2).

On doit en outre garder à l'esprit que les intermédiaires sont susceptibles d'ouvrir de nouvelles perspectives qui peuvent être favorables tant aux titulaires de droit qu'aux utilisateurs (ci-dessous III.3), les intermédiaires ne devant dès lors pas être perçus seulement comme des entités dont la responsabilité peut (ou doit) être recherchée.

#### 2. Responsabilité des intermédiaires

Même si la question de la responsabilité des intermédiaires offrant des services sur les réseaux numériques n'est assurément pas nouvelle, ni en Suisse<sup>28</sup>, ni à l'étranger<sup>29</sup>, force est de constater que la situation actuelle existant dans notre pays qui se caractérise par l'absence de réglementation spécifique n'est pas optimale en termes de sécurité du droit. Le Conseil fédéral s'en est fait l'écho dans son rapport concernant le cadre juridique pour les médias sociaux<sup>30</sup>. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs renvoyé la

balle au législateur dans un récent arrêt rendu en matière de droit de la personnalité dans lequel il a exposé 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»<sup>31</sup>.

Il semble en tout état que l'existence éventuelle et l'étendue de la responsabilité des intermédiaires ne pourront pas être définies dans l'abstrait. L'analyse à conduire supposera une compréhension correcte de la nature exacte et de l'ampleur des activités et services fournis par l'intermédiaire concerné sur les plans technique et juridique<sup>32</sup>, ce qui n'est pas nécessairement aisé. L'on devrait ainsi envisager une responsabilité différenciée selon le type d'intermédiaire en cause. Même si une catégorisation nette des différents types de prestations des intermédiaires aurait assurément l'avantage de la simplicité, une telle approche suppose une compréhension précise de la nature et de la portée des prestations et activités

digkeiten im Tarifrecht, sic! 2013, 140 (commentant l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_580/2012, sic! 2013, 154).

<sup>26</sup> Ce qui soulève la question de l'intérêt de la gestion collective, cf. ci-dessus II.

<sup>27</sup> Les modalités de diffusion seront naturellement déterminantes, celles-ci, tout comme les technologies propres aux réseaux numériques, évoluant constamment, ce qui n'est pas sans poser des questions de droit d'auteur, cf. p. ex. pour ce qui concerne le traitement du streaming en droit d'auteur suisse, S. BRÄNDLI/A. TAMÒ, *Mainstream – Streaming als Nutzungsform der Gegenwart und der Zukunft*, sic! 2013, 651.

<sup>28</sup> Voir notamment P. FRECH, *Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des schweizerischen, des amerikanischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Urheber- und Markenrechts*, Zurich 2009; D. HÜRLIMANN, *Suchmaschinenhaftung: zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internet-Suchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrecht*, Berne 2012; P. ROHN, *Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Internet Provider nach Schweizer Recht*, Zurich 2004; D. ROSENTHAL, *Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall?*, in: P. Jung (éd.), *Tagungsband Recht aktuell 2006 (Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht)*, Berne 2006; V. SONNEY/F. WERRO, *Les services Internet et la responsabilité civile*, *Medialex* 2008, 119 ss; et encore tout récemment, N. BERANEK ZANON, *Zivilrechtliche Haftung von Filehostern bei Urheberrechtsverletzungen nach Schweizer Recht*, *Jusletter IT* 11 décembre 2013; la question se pose aussi sur le plan pénal, voir M. BIANCHI DELLA PORTA/V. ROBERT, *Responsabilité pénale de l'éditeur de médias en ligne participatifs*, *Medialex* 2009, 19.

<sup>29</sup> Voir p. ex. C. CZYCHOWSKI/J. B. NORDEMAN, *Grenzenloses Internet – entgrenzte Haftung?*, *GRUR* 2013, 986.

<sup>30</sup> Rapport du Conseil fédéral en réponse au Postulat AMHERD 11.3912 du 29 septembre 2011. Cadre juridique pour les médias sociaux, 9 octobre 2013, 2: «[...] il devient de plus en plus urgent d'examiner en détail la nécessité d'instaurer des dispositions spéciales définissant la responsabilité civile des exploitants de plateformes et des fournisseurs de services», le Rapport notant également que les obligations des prestataires de services Internet «n'ont été jusqu'ici que va-

guement esquissées par la justice et les facultés de droit» (ch. 5.3.2, 64).

<sup>31</sup> TF du 14 janvier 2013, 5A\_792/2011, consid. 6.3; le Tribunal fédéral avait d'ailleurs précédemment exposé, de manière plus fondamentale, que l'adaptation du droit d'auteur aux nouvelles technologies était la tâche du législateur et pas celle des tribunaux, ATF 136 II 508 consid. 6.4 («Es ist Sache des Gesetzgebers und nicht des Richters, die allenfalls notwendigen Massnahmen zu treffen, um einen den neuen Technologien entsprechenden Urheberrechtsschutz zu gewährleisten»).

<sup>32</sup> BERANEK ZANON (n. 28) relève (Rz. 46), à titre d'illustration, qu'en dépit de l'appréciation de certains auteurs (elle cite ainsi A. KERNEN, *Volle Verantwortlichkeit des Host Providers für persönlichkeitsrechtsverletzende Handlungen seines Kunden*, *Jusletter* 4 mars 2013; N. SCHOCH/M. SCHÜPP, *Provider-Haftung «de près ou de loin?»*, *Jusletter* 13 mai 2013), on ne peut pas nécessairement considérer que l'affaire de la Tribune de Genève ayant donné lieu à l'arrêt cité en note précédente relève de la responsabilité du fournisseur de service d'hébergement (hosting).

concernées. Ainsi peut-on douter qu'il soit approprié d'imposer par principe une responsabilité renforcée à la charge des exploitants de réseaux sociaux par rapport aux hébergeurs au motif qu'ils joueraient un «rôle plus actif» et qu'ils «réglementent la mise en forme, l'étendue et la teneur des contenus générés par les utilisateurs» et sont dès lors «souvent en mesure d'exercer une fonction de surveillance et d'intervenir si nécessaire»<sup>33</sup>. En effet, on ne devrait pas admettre avec légèreté une responsabilité étendue des opérateurs de plateformes de réseaux sociaux, déjà au vu du nombre (parfois) phénoménal des utilisateurs qu'ils rassemblent<sup>34</sup> qui fait qu'ils ne peuvent légitimement pas être tenus de surveiller pro-activement la légalité des informations et documents constamment mis en ligne par leurs utilisateurs.

Le principe d'une responsabilité adaptée des intermédiaires ne doit au demeurant pas être limité au seul droit de la propriété intellectuelle (et encore moins au droit d'auteur), mais devrait également s'appliquer dans d'autres domaines, de sorte qu'une approche horizontale serait indiquée<sup>35</sup>. On en voit ainsi la trace dans un récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ayant tranché qu'il n'y avait pas d'atteinte à la liberté d'expression en cas de

sanction d'une plate-forme en ligne (absence de violation de l'art. 10 CEDH)<sup>36</sup>. Cette affaire portait sur la mise en cause de la responsabilité d'une société propriétaire d'un portail Internet d'informations à raison des messages insultants publiés par certains des lecteurs de ce site sous l'un des articles de presse qui y figurait. Selon la société concernée, la mise en cause de sa responsabilité à raison des messages de ses lecteurs portait atteinte à sa liberté d'expression. La Cour a estimé que la reconnaissance, par les juridictions estoniennes, de la responsabilité de la société requérante s'analyse en une restriction justifiée et proportionnée à la liberté d'expression de celle-ci, compte tenu notamment du caractère extrêmement insultant des messages incriminés, du manquement de la société propriétaire du portail à empêcher leur divulgation, du profit tiré par cette société des messages en question, de la garantie d'anonymat qu'elle offrait aux auteurs des messages et du caractère raisonnable de la condamnation infligée par les tribunaux estoniens. On relève ainsi que la Cour a constaté que la responsabilité de la requérante dépendait notamment des possibilités techniques et organisationnelles d'intervention en amont ainsi que du gain économique tiré de l'activité litigieuse. Ces critères tirés de la proportionnalité et du profit économique semblent applicables dans le contexte du droit civil également<sup>37</sup>, et ainsi être utilisables afin d'apprécier la portée de la responsabilité d'un intermédiaire de services sur Internet.

<sup>36</sup> Arrêt de chambre de la CEDH dans l'affaire «Delfi As c. Estonie» (requête no 64569/09) du 10 octobre 2013.

<sup>37</sup> Force est de relever que l'absence d'avantage est un facteur de réduction, voire d'exclusion de la responsabilité (contractuelle) selon l'art. 99 al. 2 CO (la responsabilité du débiteur étant «plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur»).

On doit au demeurant garder à l'esprit que le régime de responsabilité des intermédiaires tend à refléter également la place du droit constitutionnel et de la liberté d'expression dans l'architecture des réseaux numériques: plus un Etat impose une responsabilité stricte aux intermédiaires, plus cet Etat sera susceptible de museler la liberté d'expression en ligne<sup>38</sup>. Il convient dès lors de se montrer prudent dans la définition de la portée de la responsabilité des intermédiaires afin de préserver leur contribution essentielle au fonctionnement et à l'utilité des réseaux numériques<sup>39</sup>.

Comme y invite la réglementation européenne correspondante<sup>40</sup> et conformément à la propension classique du marché à s'auto-réguler (aussi afin d'éviter une intervention étatique), les opérateurs de l'industrie des services Internet sont en mesure d'adopter certaines réglementations privées qui définissent des standards de comportement et visent ainsi à esquisser les contours

<sup>38</sup> R. FARIS / U. GASSER, *Government as Actors*, in: U. Gasser / R. Faris / R. Heacock (éds), *Internet Monitor 2013: Reflections on the Digital World*, Berkman Center for Internet and Society, décembre 2013 [ssrn.com/abstract=2366840](http://ssrn.com/abstract=2366840), 19 ss, 22 («The treatment of intermediary liability is perhaps the best single indicator of the tone and general disposition to online speech—the countries that require intermediaries to police content on their platforms also tend to employ other strategies to restrict online content and activity, and those that limit intermediary liability have the most active online environments»).

<sup>39</sup> C'est dans ce sens que le Rapport de l'AGUR12 (n. 2), ch. 9.3.8, 80, préconise de réglementer la responsabilité des intermédiaires en les exonérant de leur responsabilité pour autant que certaines conditions soient remplies.

<sup>40</sup> L'art. 16 al. 1 let. a de la Directive sur le commerce électronique (n. 35) expose que les Etats membres et la Commission encouragent «l'élaboration, par les associations ou organisations d'entreprises professionnelles ou de consommateurs, de codes de conduite au niveau communautaire, destinés à contribuer à la bonne application des articles 5 à 15 [la responsabilité des prestataires de services étant réglementée aux art. 12 à 15]».

<sup>33</sup> Rapport du Conseil fédéral, Cadre juridique pour les médias sociaux (n. 30), ch. 5.3.2., 64.

<sup>34</sup> Facebook a 1,19 milliard d'utilisateurs actifs mensuels «monthly active users» au 30 septembre 2013, [newsroom.fb.com/Key-Facts](http://newsroom.fb.com/Key-Facts).

<sup>35</sup> SONNEY / WERRO (n. 28), 131; à l'image de la 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 sur le commerce électronique»); une approche décloisonnée doit viser à éviter la création d'un régime fragmenté de la responsabilité des intermédiaires, voir (sous l'angle du droit anglais), D. M. SITHIGH, *The fragmentation of intermediary liability in the UK*, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2013, 521.

de leur responsabilité sous la forme de bonnes (ou même de meilleures) pratiques (*best practices*). Ainsi, Simsa (Swiss Internet Industry Association) a-t-elle récemment adopté (février 2013) un «Code de conduite hébergement (CCH)»<sup>41</sup>. Il est dès lors important de mesurer la portée et l'intérêt de telles réglementations privées. Sur le plan du principe, il faut saluer ces efforts entrepris par des entités privées et des groupes qui les représentent qui visent à encadrer leurs activités en l'absence de réglementation étatique spécifique applicable<sup>42</sup>. Ces réglementations constituent ainsi un apport bienvenu<sup>43</sup>, et leurs objectifs sont louables<sup>44</sup>. On notera en outre, sur le plan de la responsabilité de droit civil (contractuelle et extra-contractuelle), que ces normes peuvent avoir une certaine portée et ainsi définir juridiquement le standard de diligence attendu des opérateurs concernés, même s'il ne s'agit pas d'une source du droit objectif, comme le Tri-

bunal fédéral l'a reconnu dans d'autres contextes<sup>45</sup>.

On ne doit toutefois pas se méprendre sur les limites de telles normes privées et sur leur caractère protecteur. Ainsi, comme le reconnaît sagement et adéquatement le CCH, le respect des règles de comportement qui y sont définies ne permettent pas d'exclure toute poursuite pénale ou civile<sup>46</sup>. Dans cette perspective, il paraît important que les entités publiques concernées soient en mesure de participer au processus de définition des standards privés de responsabilité, afin de contribuer à leur légitimité et ainsi à leur pertinence juridique<sup>47</sup>.

### 3. Rôle des intermédiaires dans la mise en œuvre de la protection

Il serait erroné de concevoir de manière étroite le rôle des intermédiaires et de limiter la réflexion à la seule question de leur éventuelle responsabilité civile et/ou pénale pour des agissements de

leurs utilisateurs/clients, et à leur éventuel rôle réactif et défensif dans des procédures judiciaires, même si ceci ne doit pas être sous-estimé (notamment sous l'angle des injonctions de blocage)<sup>48</sup>. Il est ainsi acquis que les intermédiaires jouent un rôle central dans la mise en œuvre judiciaire de la protection des droits sur Internet. Mais, il faut aussi réaliser que les actions judiciaires (moyen ordinaire de mise en œuvre de la protection juridique) ne constituent pas la seule manière de bénéficier d'une protection dans l'environnement numérique<sup>49</sup>. En effet, nombre de fournisseurs de services en ligne (qui servent d'intermédiaires dans la communication et la diffusion d'informations entre Internaute) offrent des mécanismes de plainte à leurs utilisateurs. On notera à cet égard que ces mécanismes ne sont pas nécessairement

<sup>41</sup> «Code of conduct hosting» Simsa: [www.simsa.ch/engagements/code-of-conduct-hosting/](http://www.simsa.ch/engagements/code-of-conduct-hosting/); le code est accessible en allemand, français, italien et anglais depuis cette page; pour le français, voir [static.simsa.ch/1374153064/130201\\_simsa\\_cch\\_public\\_f.pdf](http://static.simsa.ch/1374153064/130201_simsa_cch_public_f.pdf).

<sup>42</sup> Etant relevé que l'auto-réglementation est également perçue positivement pour régler d'autres questions propres aux réseaux numériques, p. ex. celle de l'anonymat, v. R. H. WEBER/U. I. HEINRICH, *Existiert ein Recht auf Anonymität im Internet?*, RDS 2013 I 477 ss, 494 (plaidant pour l'adoption de codes de conduites à tout le moins moralement contraignants («Das wohl beste rechtliche Mittel liegt im Erlass von zumindest moralisch verbindlichen Code of Conduct»)).

<sup>43</sup> Le Rapport AGUR12 (n. 2), ch. 9.3.2, 77, considère que la suppression de contenus illicites (*take down*) pourrait être opérée sur la base du Code de conduite hébergement (CCH).

<sup>44</sup> L'objectif déclaré du CCH (n. 41) étant ainsi (selon le préambule) d'«établir ces principes au sens de normes dans la branche, consolider la sécurité juridique et simplifier pour les personnes concernées par des contenus illicites la procédure [...]».

<sup>45</sup> ATF 126 III 113, consid. 2b: «A défaut de dispositions légales ou réglementaires, il est également possible de se référer à des règles analogues qui émanent d'associations privées ou semi-publiques, lorsqu'elles sont généralement reconnues»; voir aussi (concernant la responsabilité d'un exploitant d'une piscine publique mesurée à l'aune de réglementations non étatiques), TF du 13 janvier 2014, 4A\_359/2013; 4A\_421/2013, consid. 3.4: «Obwohl die erwähnten Empfehlungen und Vorschriften kein objektives Recht darstellen, erfüllen sie eine wichtige Konkretisierungsfunktion im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung der Pflichten von Schwimmbadbetreibern [...]».

<sup>46</sup> Art. 12 CCH: «Compte tenu du flou juridique ambiant dans le domaine de la responsabilité en matière de services Internet, la simsa ne peut pas garantir que le respect du CCH prémunit les hébergeurs contre des poursuites ou prétentions d'ordre pénal ou en matière de responsabilité civile».

<sup>47</sup> Voir aussi CZYCHOWSKI/NORDEMANN (n. 29), GRUR 2013, 994 (plaidant pour un régime de responsabilité des intermédiaires régi par l'auto-réglementation sous réserve de certaines questions nécessitant une intervention étatique); sur l'évolution du rôle des autorités publiques, voir ci-dessous VII.

<sup>48</sup> Voir les conclusions de l'avocat général M. PEDRO CRUZ VILLALÓN présentées le 26 novembre 2013, *Affaire C-314/12*, «UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH»; voir aussi les arrêts anglais: «Paramount Home Entertainment International Ltd & Ors v British Sky Broadcasting Ltd & Ors» [2013] EWHC 3479 (Ch); «Twentieth Century Fox v Newzbin Limited» [2010] EWHC 608 (Ch), FSR 21; «Twentieth Century Fox Film Corp v British Telecommunications plc» [2011] EWHC 1981 (Ch), [2012] Bus LR 1471; «Dramatico Entertainment Limited v British Sky Broadcasting Limited» [2012] EWHC 1152 (Ch); «EMI Records Ltd v British Sky Broadcasting Ltd» [2013] EWHC 379 (Ch); «Football Association Premier League Ltd v British Sky Broadcasting Ltd» [2013] EWHC 2058 (Ch), [2013] ECDR 14; voir aussi la décision française du Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé du 28 novembre 2013, «APC et autres / Auchan Telecom et autres», accessible à: [www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=3935](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3935); le Rapport AGUR12 (n. 2), ch. 9.3.4, 78, traite également des mesures de blocage pouvant être ordonnées aux fournisseurs d'accès.

<sup>49</sup> Le Rapport du Conseil fédéral, cadre juridique pour les médias sociaux (n. 30), 5.5.2.4, 71, le relève ainsi expressément («Parallèlement à l'action judiciaire, il existe d'autres moyens de protéger efficacement les intérêts privés»).

prévus dans les conditions générales qui lient les plates-formes concernées (p. ex. un opérateur de réseau social) à leurs clients, mais qu'ils sont au contraire offerts à tout internaute qui souhaite se plaindre d'un comportement donné commis sur la plate-forme concernée (notamment d'une violation de ses droits de propriété intellectuelle)<sup>50</sup>. En tout état, même si ces procédures extra-judiciaires ne sont pas contractuellement imposées<sup>51</sup>, elles constituent en pratique la voie la plus accessible pour les victimes en raison des difficultés et du coût des procédures judiciaires<sup>52</sup>. Dans cette mesure, on doit bien admettre que les opérateurs définissent eux-mêmes les droits des Internautes et régulent ainsi le marché en dehors des réglementations étatiques, ce qui donne assurément à réfléchir<sup>53</sup>. Il reste que les autorités, et tout particulièrement les tribunaux, gardent le pouvoir de définir quels moyens de protection (extra-judiciaires) devraient

être mis à disposition des personnes lésées par les plates-formes<sup>54</sup>.

Contrairement à ce qu'on pourrait estimer de prime abord, la reconnaissance du rôle central des intermédiaires ne constitue pas nécessairement une mauvaise nouvelle pour les internautes et pour les titulaires de droits de propriété intellectuelle en particulier. En effet, les opérateurs de plates-formes en ligne sont également susceptibles d'offrir des solutions technologiques et commerciales que ne donne pas nécessairement le droit positif. Aussi les intermédiaires peuvent-ils utilement contribuer à la mise en œuvre de la protection des droits des titulaires, en permettant à leurs utilisateurs de tirer profit de leurs spécificités. A titre d'exemple, une célèbre plate-forme de diffusion de vi-

déos en ligne offre aux titulaires de droits d'auteur, qui sont confrontés à une exploitation sans autorisation de leur œuvre sur la plate-forme concernée<sup>55</sup>, la possibilité de choisir de tirer économiquement profit de la diffusion de leur œuvre par un tiers (qui n'avait pas été autorisé à le faire) par des revenus publicitaires, la diffusion de l'œuvre en cause étant alors précédée d'un spot publicitaire<sup>56</sup>. Dans cette mesure, la plate-forme offre aux titulaires de droits d'auteur une possibilité de bénéficier de la visibilité en ligne de leur œuvre qui est susceptible de les intéresser car elle est financièrement plus attractive que la seule possibilité (que leur donne le droit matériel) de faire retirer leur œuvre de la plate-forme concernée<sup>57</sup>, les plates-formes permettant en outre d'obtenir des informations (assurément précieuses) sur les statistiques d'usage et de consultation des contenus offerts sur celles-ci<sup>58</sup>.

Les intermédiaires proposent ainsi leurs propres mécanismes de mise en

<sup>50</sup> Voir la page «Signaler une violation de vos droits» de Facebook: [www.facebook.com/help/contact/208282075858952](http://www.facebook.com/help/contact/208282075858952); voir la page «Comment signaler les violations?» de Twitter: [support.twitter.com/groups/56-policies-violations/topics/238-report-a-violation/articles/82753-comment-signaler-les-violations#](https://support.twitter.com/groups/56-policies-violations/topics/238-report-a-violation/articles/82753-comment-signaler-les-violations#).

<sup>51</sup> On peut au demeurant se demander dans quelle mesure ce genre de procédures privées (relevant des modes alternatifs de règlement des conflits, MARC ou Alternative Dispute Resolution Methods) pourrait être valablement imposé à la victime avant que cette dernière puisse saisir les autorités judiciaires.

<sup>52</sup> Résultant notamment de l'anonymat/pseudonymat de l'auteur de la violation et ainsi des questions de for et de droit applicable.

<sup>53</sup> R. FARIS/R. HEACOCK, Introduction, in: U. GASSER/R. FARIS/R. HEACOCK (éds), *Internet Monitor 2013: Reflections on the Digital World*, Berkman Center for Internet and Society, décembre 2013 [ssrn.com/abstract=2366840](http://ssrn.com/abstract=2366840), 7 s.: «Large social media companies are now key arbiters of acceptable speech. They make decisions that determine when and how copyright disputes are handled in cyberspace and are asked to act as watchdogs for human rights and civil liberties online».

<sup>54</sup> On peut se référer ici à titre illustratif (même si cela ne relève pas du droit d'auteur) aux directives données par le Tribunal fédéral à Google afin d'assurer une procédure d'opposition adéquate en cas de violation du droit de la personnalité concernant les images mises à disposition sur Google Street View en vue d'anonymiser les photographies concernées, ATF 138 II 346, 369 consid. 10.6.3: «Die Beschwerdeführerinnen haben sich jedoch verpflichtet, auf einfache Meldung hin die erforderlichen Nachbesserungen vorzunehmen. Dazu besteht im Internetauftritt von Street View eine kleine Schaltfläche («ein Problem melden») mit einem Link zur Bezeichnung von Bildern, die Persönlichkeitsrechte verletzen. In Anbetracht der Tatsache, dass ein stark überwiegender Teil der Bilder vor der Publikation im Internet automatisch korrekt anonymisiert wird, erscheint es grundsätzlich vertretbar, dass die restlichen Anonymisierungen erst auf Anzeige hin manuell vorgenommen werden. Dies setzt allerdings voraus, dass die Benutzer gut erkennbar über die Widerspruchsmöglichkeit informiert werden und die zusätzlichen Anonymisierungen effizient und unbürokratisch herbeigeführt werden können. Die zurzeit auf Street View bestehende kleine, kaum erkennbare Schaltfläche zur Meldung von Problemen genügt als Information über die Widerspruchsmöglichkeit nicht. *Den Benutzern muss ein gut sichtbarer Link – etwa mit dem klaren Hinweis «Anonymisierung verlangen» – zur Verfügung gestellt werden*» (italique ajoutée), voir aussi le consid. 14.4 de l'arrêt.

<sup>55</sup> La surveillance s'effectuant sur la base d'un système d'identification des contenus protégés, ceux-ci devant être transmis à la plate-forme (qui met d'ailleurs aussi à disposition une procédure de notification de violation de droits d'auteur, cf. [www.youtube.com/yt/copyright/fr/copyright-complaint.html](http://www.youtube.com/yt/copyright/fr/copyright-complaint.html)).

<sup>56</sup> Voir l'explication des options appartenant à un «propriétaire de contenu» sur la page «Fonctionnement de Content ID», à [support.google.com/youtube/answer/2797370?p=cid\\_what\\_is&rd=1](http://support.google.com/youtube/answer/2797370?p=cid_what_is&rd=1): «Monétisation de la vidéo: si le propriétaire du contenu a défini une règle de monétisation, des annonces sont diffusées au début de la vidéo ou pendant celle-ci, ou autour du lecteur vidéo. Un lien promotionnel peut apparaître dans la vidéo ou au-dessous pour permettre aux fans de découvrir davantage de contenu du même créateur».

<sup>57</sup> Ce qui correspond en droit suisse à exercer une action en cessation de l'atteinte au droit d'auteur de l'art. 62 al. 1 let. b LDA.

<sup>58</sup> Voir la page «Fonctionnement de Content ID» (n. 56): «Suivi de la vidéo: si le propriétaire du contenu applique une règle de suivi, vous ne noterez aucun changement au niveau de la vidéo. Toutefois, le nombre de vues de la vidéo s'affiche dans le compte YouTube Analytics du propriétaire».

œuvre de la protection qui, s'ils n'offrent assurément pas les garanties légitimement attendues d'une procédure judiciaire, peuvent néanmoins être utiles aux parties concernées, et particulièrement aux titulaires de droits: ils leurs donnent un moyen de préserver la visibilité de leur création et ainsi d'atteindre leur public, tout en leur permettant d'en profiter. Les intermédiaires jouent ainsi un rôle qui peut être *utile*.

L'intervention des intermédiaires est parfois non seulement utile, mais proprement *indispensable*. En effet, la mise en œuvre judiciaire de la protection des droits sur les réseaux numériques, et particulièrement celle du droit d'auteur, peut dans certaines circonstances totalement dépendre d'une intervention active des intermédiaires concernés. La nécessité de l'intervention des titulaires s'explique par le fait que souvent seuls ces derniers (avec leurs experts) sont technologiquement capables de donner plein effet aux mesures ordonnées par une instance judiciaire, voire même de déterminer quelles mesures peuvent (ou doivent) être ordonnées afin d'atteindre l'objectif juridique recherché. Pour illustrer ce phénomène, on peut se référer à une récente affaire irlandaise concernant une atteinte au droit de la personnalité en ligne<sup>59</sup>. La procédure judiciaire intentée par le lésé contre différentes plateformes en ligne (en particulier Facebook, Google, Youtube et Yahoo) visait à faire supprimer les informations portant atteinte à sa personnalité. Dans son arrêt du 16 mai 2013<sup>60</sup>, la High Court of Ireland a souligné la nécessaire créa-

tivité attendue des tribunaux afin de permettre une réparation adéquate du préjudice<sup>61</sup>, l'objectif étant d'enlever des réseaux numériques tout propos diffamatoire à l'encontre de la victime de manière permanente et globale<sup>62</sup>. Sur cette base, le tribunal saisi a invité les experts mandatés par les parties à se réunir afin de proposer les mesures techniques devant être adoptées pour donner effet à l'injonction requise ou à tout le moins pour identifier les mesures possibles permettant d'atteindre au mieux cet objectif<sup>63</sup>. Cet arrêt démontre ainsi que les tribunaux étatiques saisis de litiges relatifs aux réseaux numériques ont intérêt à solliciter largement l'expertise des parties dans la détermination des moyens de mettre efficacement en œuvre la protection requise, ceci valant non seulement pour les questions de droit matériel<sup>64</sup>, mais également pour celles relatives à la mise en œuvre de la protection. Les autorités étatiques, et particulièrement les tribunaux, peuvent ainsi largement dépendre de l'expertise des intermédiaires et doivent dès lors être en mesure de tirer profit de celle-ci. La tâche des tribunaux reste toutefois délicate, malgré l'assis-

tance des parties concernées, dès lors que le standard de comportement qui serait attendu des intermédiaires par les tribunaux devrait idéalement être adapté aux développements technologiques à venir, ce qui implique que les décisions des autorités soient conçues dans une telle perspective *évolutive*<sup>65</sup>.

Quoi qu'il en soit, les parties et leurs avocats, mais également les tribunaux, seraient bien inspirés d'exploiter pleinement le potentiel des plateformes en ligne. Aussi peut-on souhaiter que les victimes de violations (notamment – mais pas seulement – de droits d'auteur) puissent utiliser au mieux la visibilité des plateformes en ligne. On pourrait en particulier songer à une utilisation plus fréquente de conclusions en publication du jugement (art. 66 LDA)<sup>66</sup>, ce indépendamment des éventuelles prétentions pécuniaires de la

<sup>59</sup> Un étudiant irlandais (EOIN MCKEOGH) ayant été accusé à tort sur différentes plateformes en ligne d'avoir pris un taxi sans payer la course à Dublin, ce qui a provoqué une vague de réactions critiques et d'attaques en ligne contre cet étudiant; sur cette affaire, voir [www.thejournal.ie/eoin-mckeogh/news/](http://www.thejournal.ie/eoin-mckeogh/news/).

<sup>60</sup> Arrêt de la High Court of Ireland du 16 mai 2013 («Eoin McKeogh v. John Doe/Facebook/Google/Youtube/Yahoo etc.», accessible à: [inform.files.wordpress.com/2013/05/141943409-mckeogh-v-doe-and-others.pdf](http://inform.files.wordpress.com/2013/05/141943409-mckeogh-v-doe-and-others.pdf)).

05/141943409-mckeogh-v-doe-and-others.pdf).

<sup>61</sup> Arrêt précité (n. 60): «The Court must be imaginative in trying to fashion an appropriate remedy for the plaintiff» (§ 21).

<sup>62</sup> Arrêt précité (n. 60): «mandatory injunctive relief so that all material defamatory of the plaintiff arising from the posting of the video clip in question shall be taken down permanently and on a worldwide basis» (§ 10).

<sup>63</sup> Arrêt précité (n. 60): «The proposed meeting [of experts] should, if feasible, produce a report for the Court upon which each expert can agree. In that event, the report would set forth what steps are to be taken to achieve the total takedown which the plaintiff requires, or at least what steps are possible to achieve that objective as far as reasonably possible» (§ 25).

<sup>64</sup> Pour un exemple (en dehors de la propriété intellectuelle), voir les réflexions du Tribunal fédéral concernant la possibilité technique de flouter les personnes dans le système Google Street view, ATF 138 II 346.

<sup>65</sup> On signalera, à titre d'illustration, l'injonction du Tribunal fédéral obligeant Google à adopter des mesures visant à permettre une anonymisation complète des photographies pour Google Street View et à adapter continuellement la méthode d'anonymisation automatique à l'état de la technique, imposant ainsi une obligation continue à Google, ATF 138 II 346 consid. 14.1: «Die Beschwerdeführerinnen sind verpflichtet, mit allen zur Verfügung stehenden technischen Mitteln eine vollständige Anonymisierung anzustreben und die automatische Anonymisierung laufend dem Stand der Technik anzupassen» (italique ajouté); on doit toutefois se demander comment un tribunal sera en mesure de vérifier la mise en œuvre continue de cette obligation, sur les plans juridique et (surtout) technologique (s'agissant d'une technologie sans concurrent notoire sur le marché, il sera probablement délicat de trouver une personne ou institution susceptible de déterminer si Google a effectivement respecté les obligations qui lui ont été imposées par le Tribunal fédéral); ceci démontre la nature évolutive de la justice et la nécessité des autorités d'observer les développements du marché, marquant ainsi l'évolution du rôle des autorités vers une fonction d'observation, voir ci-dessous VII.

<sup>66</sup> «A la requête de la partie qui a obtenu gain de cause, le juge peut ordonner la publication du jugement aux frais de la partie adverse. Il détermine le mode et l'étendue de la publication.»

victime d'une violation du droit d'auteur<sup>67</sup>. Dans l'univers connecté, une communication efficace sur des médias électroniques visibles vaudra en effet probablement bien plus pour la victime que la (faible) réparation de son préjudice financier (qui reste au demeurant fort difficile à estimer). Il conviendra alors de spécifier avec précision les modalités de la publication attendue, qui devront tenir compte des caractéristiques et spécificités du médium concerné. Il s'agira là encore de conduire une réflexion transversale, sachant que ce moyen existe également en dehors du droit de la propriété intellectuelle (art. 28a al. 2 CC). On peut ainsi saluer l'injonction rendue par le Tribunal fédéral dans une affaire concernant une atteinte au droit de la personnalité par voie de presse, par laquelle notre Haute Cour a ordonné que «[l]a publication figurera en première page de la Tribune de Genève en support papier, format 10 cm x 15 cm au moins, [...]» et que «dans le même délai et sans commentaires, la même publication, [...], figurera sur le site internet du journal («www.tdg.ch»), dans lequel ladite publication durera six mois»<sup>68</sup>. On notera toutefois, pour ce qui concerne la publication en ligne, que les modalités de celle-ci auraient pu être précisées dans l'intérêt de la victime, sachant que la plate-forme en ligne sera,

faute de précision dans l'injonction du Tribunal fédéral, en mesure de reléguer la publication judiciaire concernée à un endroit peu ou pas visible de sa page Internet pour l'y garder pendant les six mois imposés. En somme, les spécificités des intermédiaires doivent être mises à profit pour assurer une mise en œuvre efficace des droits sur les réseaux numériques<sup>69</sup>.

Il apparaît ainsi que les intermédiaires, au-delà de la seule question de leur responsabilité (qui reste assurément importante), jouent également un rôle essentiel dans la mise en œuvre du droit sur les réseaux numériques, parce qu'ils peuvent mettre à disposition des moyens innovateurs en faveur des parties prenantes, ce qui confirme qu'ils constituent un pilier central dans l'architecture des réseaux numériques sur lequel l'on doit pouvoir s'appuyer.

#### IV. Cadre juridique permettant de gérer la circulation des biens numériques

La prise d'importance croissante des réseaux numériques dans la distribution

et la consommation d'informations et d'œuvres protégées par les internautes pose la question de la libre circulation des biens numériques et des limites posées à celle-ci. Dans le monde connecté, les services remplacent progressivement les produits et les clients tendent à ne plus bénéficier d'un droit de propriété sur les biens qu'ils consomment (p. ex. un livre), dès lors qu'ils n'ont que des droits d'usage qui sont définis dans les conditions générales proposées (en réalité imposées) par les fournisseurs des services en ligne concernés.

Aussi la question se pose-t-elle: un bien numérique dont un client dispose (qui est sauvé sur un support dont il a le contrôle) est-il susceptible d'être transféré à un tiers aux mêmes conditions juridiques que peut l'être un bien physique (p. ex. un livre) à la lumière du principe de l'épuisement? Cette question est débattue en Suisse<sup>70</sup> comme à l'étranger<sup>71</sup>. Elle est d'importance car elle porte en substance sur la

<sup>67</sup> Sachant aussi que les montants octroyés au titre d'indemnisation restent fort modestes à l'heure actuelle en droit suisse; sur cette question, voir la thèse de Y. BENHAMOU, *Dommages-intérêts suite à la violation de droits de propriété intellectuelle. Etude de la méthode des redevances en droit suisse et comparé*, Zurich 2013; la jurisprudence récente fait preuve d'une grande rigueur dans l'application de la méthode de la «Lizenzanalogie», cf. HGer Aargau, sic! 2013, 344, «Nicolas Hayek»; on peut se demander si la cohérence du régime entre les différents droits de propriété intellectuelle est ainsi assurée, voir par comparaison, TC du Canton de Vaud, sic! 2013, 300, consid. VII.bd, «Tara Jarmon» (en matière de marque).

<sup>68</sup> TF du 3 octobre 2013, 5A\_170/2013 et 5A\_174/2013, consid. 8.

<sup>69</sup> Pour une discussion des difficultés de mise en œuvre de l'obligation de publier une décision judiciaire sur un site Internet, voir C. MANARA, *Droit du commerce électronique*, Paris 2013, 136 ss (soulignant la nécessité de soumettre au principe de la proportionnalité une telle obligation afin de ne pas indûment restreindre la liberté des opérateurs de plates-formes en ligne et plaçant ainsi pour l'adoption de «sanctions endogènes et adaptées à l'économie des réseaux»); sur le plan procédural, on peut aussi songer à profiter de la globalité et de l'efficacité des moyens de communication offerts par les réseaux numériques, p. ex. pour notifier des documents par le moyen de réseaux sociaux, ce qui a déjà été fait à l'étranger, voir p. ex. l'arrêt «FTC v. PCCare247 Inc.», No. 12-CIV-7189 (PAE) (S.D.N.Y. Mar. 7, 2013); sur la question, voir H. VAN HORN, *Evolutionary Pull, Practical Difficulties, and Ethical Boundaries: Using Facebook to Serve Process on International Defendants*, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 2013, 555 ss.

<sup>70</sup> H. BÖTTCHER, *Die urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld*, Berne 2013 (étude du droit suisse en comparaison avec le droit allemand et le droit européen); voir aussi C. P. RIGAMONTI, *Der Handel mit Gebrauchtssoftware nach schweizerischem Urheberrecht*, GRUR Int. 2009, 14 ss.

<sup>71</sup> En droit européen: arrêt CJUE du 3 juillet 2012, «Usedsoft GmbH c. Oracle International Corp.» (affaire C-128/11); en droit d'auteur américain, voir le litige concernant la société américaine ReDigi (www.religi.com, se présentant comme le «World's first pre-owned digital marketplace»), «Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc.», No. 12 CIV. 95 RJS, 2013 WL 1286134 (S.D.N.Y. Mar. 30, 2013); cette thématique fait également l'objet de la consultation lancée par la Commission européenne, cf. Consultation (n. 11), 13: «This raises difficult questions, notably relating to the practical application of such an approach (how to avoid re-sellers keeping and using a copy of a work after they have «re-sold» it – this is often referred to as the «forward and delete» question) as well as to the economic implications of the creation of a second-hand market of copies of perfect quality that never deteriorate (in contrast to the second-hand market for physical goods)»; voir aussi E. F. SCHULZE, *Resale of digital content such as*

légitimité du marché des biens numériques «recyclés», soit des biens numériques que l'utilisateur initial n'a plus d'intérêt à conserver et dont il souhaite ainsi se défaire au profit d'un tiers. Pour des raisons essentiellement économiques, certains tribunaux ont ainsi pu considérer que la libre circulation des biens numériques recyclés (en l'occurrence des logiciels) devait prévaloir, pour autant que le titulaire des droits ait déjà tiré profit de la première commercialisation de ces biens<sup>72</sup>.

Ceci pose aussi la question de la *neutralité technologique* du droit de la propriété intellectuelle et particulièrement du droit d'auteur: le droit est-il technologiquement neutre? Peut-on appliquer les mêmes normes et principes juridiques aux opérations dématérialisées effectuées dans un environnement *en ligne* par rapport à ceux qui sont applicables *hors ligne* (soit dans le cadre de transactions portant sur des objets physiques)? Il s'agit ici de définir dans quelle mesure on peut considérer que l'application de la loi (et tout particulièrement le droit d'auteur) ne dépend pas du médium technologique utilisé. Si l'on en croit certains développements judiciaires récents survenus de part et d'autre de l'Atlantique, le respect d'une certaine neutralité technologique semble avoir obtenu les faveurs des tribunaux. Ainsi, la Cour suprême du Canada s'est-elle référée à ce principe en constatant l'absence de différence entre l'acquisition d'un exemplaire physique d'une œuvre (un livre) et le téléchargement d'une œuvre sur Internet<sup>73</sup>.

Sur cette base, elle a considéré que la vente sur Internet d'un jeu vidéo contenant une œuvre musicale dont les redevances avaient déjà été négociées avec le titulaire du droit d'auteur n'emporte pas l'exigibilité d'une nouvelle redevance, faute d'usage tombant dans le champ du droit exclusif de l'auteur, qui seul pourrait justifier le paiement d'une nouvelle redevance.

Une approche comparable sous-tend également l'arrêt rendu par la CJUE dans l'affaire «Usedsoft c. Oracle» en juillet 2012<sup>74</sup>. Guidée par le souci d'assurer un traitement juridique identique à des situations perçues comme étant identiques, la CJUE a, dans cet arrêt phare<sup>75</sup>, confirmé la licéité du mar-

des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique», 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (accessible à: [scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/fr/item/9994/index.do](http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/fr/item/9994/index.do)), § 5: «Le paragraphe 3(1) de la Loi adhère au principe de la neutralité technologique en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre «sous une forme matérielle quelconque». À notre avis, il n'y a aucune différence d'ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l'œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web Internet ne représente qu'un taxi technologique assurant la livraison d'une copie durable de la même œuvre à l'utilisateur»; on relèvera toutefois que la question était passablement controversée au sein de la Cour suprême canadienne dès lors que l'arrêt a été rendu à une majorité de 5 contre 4 et que, dans l'opinion dissidente, les juges minoritaires ont expressément rejeté le principe de la neutralité technologique (§ 49: «En règle générale, la neutralité technologique est souhaitable en matière de droit d'auteur. Il ne s'agit cependant pas d'une exigence légale susceptible de primer le texte de la Loi ou de faire obstacle à l'application des différents droits protégés par le législateur»).

<sup>74</sup> Arrêt CJUE du 3 juillet 2012, «Usedsoft GmbH c. Oracle International Corp.» (affaire C-128/11).

<sup>75</sup> Cet arrêt a en effet provoqué un flot de commentaires dans la doctrine, voir p. ex. R. M. HILTY / K. KÖKLU / F. HAFENBRÄDL, Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective, IIC 2013, 263; C. STOTHERS, When is Copyright Exhausted by a Software Licence? UsedSoft v.

ché des logiciels d'occasion, en consacrant l'application du principe de l'épuisement du droit de distribution dans l'environnement numérique en matière de logiciels. Parmi les arguments développés par la CJUE à l'appui de sa décision, on relèvera que la CJUE a adopté des réflexions faisant écho au principe de la neutralité technologique (sans qu'elle y fasse toutefois expressément référence, au contraire de la Cour suprême du Canada). Elle a en effet retenu (dans une réflexion économique) que «la vente d'un programme d'ordinateur sur CD-ROM ou DVD et la vente d'un programme d'ordinateur par téléchargement au moyen d'Internet sont similaires»<sup>76</sup> et que la transmission en ligne d'un logiciel constitue l'«équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel»<sup>77</sup>, balayant au passage la réflexion exprimée au considérant 29 de la Directive 2001/29 en vertu de laquelle «[l]a question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit».

Il serait cependant trompeur de considérer que l'existence et la portée de l'application du principe de l'épuisement sont les seules questions (ou même les questions essentielles) auxquelles sont confrontés les utilisateurs de produits et services numériques. Certes, il est important de déterminer à quelles conditions<sup>78</sup> un contenu numé-

music, films or eBooks under European law, EIPR 2014, 9.

<sup>72</sup> Pour la Suisse, voir KGer Zug, sic! 2012, 99, «Gebrauchtsoftware», ceci étant reflété dans l'arrêt qui évoque l'absence de désavantage commercial causé par la revente de l'exemplaire du logiciel à un tiers («keinerlei wirtschaftliche Einbusse») en cas de rémunération complète du titulaire («vollständige Abgeltung»).

<sup>73</sup> Arrêt du 12 juillet 2012, «Entertainment Software Association c. Société canadienne

Oracle, EIPR 2012, 787 (accessible à: [www.arnoldporter.com/resources/documents/EIPR\\_11\\_Stothers.pdf](http://www.arnoldporter.com/resources/documents/EIPR_11_Stothers.pdf)); TH. VINJE / V. MARSLAND / A. GÄRTNER, Software Licensing After Oracle v. UsedSoft. Implications of Oracle v. UsedSoft (C-128/11) for European copyright law, Computer Law Review International 2012, 97 ss.

<sup>76</sup> § 61 de l'arrêt (n. 74).

<sup>77</sup> § 61 de l'arrêt (n. 74).

<sup>78</sup> Etant relevé que la possibilité juridique de transférer un bien numérique devra néces-

rique peut être volontairement transféré à un tiers, mais il est également nécessaire de déterminer le sort des biens numériques dans d'autres circonstances, notamment en cas de cessation d'activité du fournisseur de service ou du client concerné (p. ex. faillite). Il faut également définir dans quelle mesure ces actifs numériques peuvent être transmis à des tiers en cas de décès de leur bénéficiaire<sup>79</sup>. Si ces questions dépassent le droit d'auteur et la propriété intellectuelle par certains aspects, elles n'en sont néanmoins pas totalement déconnectées. Il faut ainsi s'assurer que les solutions soient juridiquement cohérentes entre les différents domaines du droit qui sont concernés. A titre d'illustration, il faut assurer que le régime juridique qui serait adopté en matière de droit de révocation dans le cadre du commerce électronique permette d'assurer une protection équitable des titulaires de droits. Il ne serait ainsi pas adéquat qu'un consommateur puisse révoquer un contrat de commerce électronique sur le fondement des normes protectrices du droit des obligations, alors que le bien numérique ainsi obtenu (avant révocation) pourrait ensuite librement circuler et être transféré à un tiers en vertu d'une application extensive du principe de l'épuisement.

sairement aussi être reflétée sur le plan technologique afin d'être utile à celui qui souhaite en bénéficier, ceci soulevant la question des mesures techniques de protection et de limites posées légalement à leur contournement.

<sup>79</sup> Ce qui avait agité la blogosphère et les médias plus traditionnels lorsque la rumeur (rapidement démentie) avait circulé sur les réseaux que Bruce Willis allait attaquer Apple en justice au motif qu'il ne pourrait pas transmettre sa bibliothèque iTunes à ses enfants: voir «Bruce Willis to fight Apple over rights to music collection after his death» (the Sun, 2 septembre 2012); sur le sort des biens numériques, voir A. EISENBERG, *Bequeating the Keys to your Digital Afterlife*, New York Times, 25 mai 2013, accessible à: [www.nytimes.com/2013/05/26/technology/estate-planning-is-important-for-your-online-assets-too.html](http://www.nytimes.com/2013/05/26/technology/estate-planning-is-important-for-your-online-assets-too.html).

Il convient ainsi de prendre en compte la portée interdisciplinaire de ces questions et d'en mesurer dûment les conséquences (en particulier dans le contexte de projets réglementaires). Aussi faut-il prêter attention au projet en cours de modification du Code des obligations (art. 40a ss) concernant le droit de révocation qui a fait l'objet du Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats daté du 14 novembre 2013<sup>80</sup>.

La question du transfert des actifs numériques se pose également sous l'angle de leur portabilité<sup>81</sup>, soit la possibilité pour un utilisateur d'une plateforme en ligne de changer de plateforme et de transférer ainsi ses données numériques, parmi lesquelles peuvent aussi figurer des données protégées par

<sup>80</sup> 06.441 – Initiative parlementaire «Pour une protection du consommateur contre les abus du démarchage téléphonique», accessible à: [www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2242/Pa.Iv.06.441\\_Droit-de-revocation\\_Projet\\_S\\_6.1\\_F.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2242/Pa.Iv.06.441_Droit-de-revocation_Projet_S_6.1_F.pdf); la Commission propose ainsi un art. 40h (nouveau) qui prévoit que: «[l]e consommateur ne dispose pas du droit de révocation pour les contrats portant sur des contenus numériques qui ne sont pas offerts sur un support de données matériel, s'il a donné son consentement exprès à l'exécution immédiate du contrat par les parties en sachant qu'il perdra ce droit»; le Conseil fédéral s'est exprimé favorablement sur ce projet, dans son avis communiqué le 14 mars 2014 (dans lequel certaines propositions législatives sont formulées), cf. [www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2014/2014-03-14/stgn-br-ber-rk-sr-f.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2014/2014-03-14/stgn-br-ber-rk-sr-f.pdf).

<sup>81</sup> Dans un monde connecté, la question de la portabilité s'est posée aussi pour les numéros de téléphone (soit la possibilité pour un abonné de conserver son numéro en cas de changement de fournisseur de service), ce qui a été réglementé, voir l'Ordonnance de la Commission fédérale de la communication relative à la loi sur les télécommunications (784.101.112), art. 2 à 8, et l'Annexe 1 à l'ordonnance de la ComCom – Prescriptions techniques et administratives concernant la portabilité des numéros entre fournisseurs de services de télécommunication, cf. [www.bakom.admin.ch/themen/telekom/00479/00625/index.html?lang=fr](http://www.bakom.admin.ch/themen/telekom/00479/00625/index.html?lang=fr).

le droit d'auteur<sup>82</sup>. Il s'agira ici de gérer la dépendance de l'utilisateur de ces plates-formes. Ce risque est ainsi évoqué dans le Rapport du Conseil fédéral relatif au cadre juridique pour les médias sociaux qui expose la dépendance de l'utilisateur envers le fournisseur de services en ligne et discute d'un «droit au transfert des données»<sup>83</sup> numériques d'un utilisateur d'une plateforme en ligne à une autre.

En somme, le droit doit viser à arbitrer équitablement les intérêts des fournisseurs de contenus et ceux des utilisateurs et consommateurs afin de permettre une rémunération adéquate des services offerts tout en donnant aux consommateurs la flexibilité de disposer de leurs actifs numériques.

## V. Innovation ouverte

### 1. Gestion de l'interdépendance

Dans un monde connecté, les individus et les entreprises sont en mesure d'avoir plus facilement accès à la créativité d'autrui et également de trouver de nouveaux canaux de diffusion et de communication de leurs propres créations. Le monde connecté est poreux: il permet d'intensifier les échanges et les interactions entre les intervenants à l'échelle planétaire. Il offre ainsi un terreau propice au développement de l'innovation ouverte, soit la possibilité pour tout opérateur du marché de bénéficier des connaissances externes pour enrichir son innovation interne (*inbound open innovation*), et celle de trouver de nouveaux marchés pour un usage externe de sa propre innovation (*outbound open innovation*)<sup>84</sup>. Dans un

<sup>82</sup> D'autres données étant également couvertes, par exemple des listes de contacts et d'autres informations ne relevant pas nécessairement du droit d'auteur.

<sup>83</sup> Rapport du Conseil fédéral (n. 30), ch. 9, 83; cf. aussi ch. 4.3.7.1, 37.

<sup>84</sup> Voir les travaux fondamentaux de H. W. CHESBROUGH, *Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from*

monde d'innovation ouverte, l'innovation n'est plus le résultat d'efforts individuels et internes d'une entreprise, mais provient au contraire du réseau<sup>85</sup>. Le monde connecté exprime ainsi le potentiel de l'innovation ouverte<sup>86</sup>.

Un tel environnement est dès lors propre à créer une multiplication des relations contractuelles, par lesquelles les individus et sociétés intègrent dans leurs produits la créativité (et ainsi les droits de propriété intellectuelle) d'autrui et/ou mettent à disposition d'autrui leur savoir-faire et expertise selon des formes et modalités qui leur conviennent<sup>87</sup>, qu'il s'agisse de licences

(unilatérales ou croisées) ou que l'interaction avec les tiers se matérialise dans une coopération plus étroite visant des projets de recherches et développements communs<sup>88</sup>. Si l'innovation ouverte constitue assurément un modèle attractif (et à la mode), elle crée également un risque d'interdépendance entre les personnes et institutions concernées. En recherchant l'innovation des tiers et/ou en mettant à disposition d'autrui le fruit de ses propres innovations, les risques de pertes de contrôle sur les actifs intellectuels des participants aux réseaux d'innovation ouverte ainsi créés augmentent sensiblement. Il faut dès lors gérer les risques de cette interdépendance.

Dans la perspective des contrats de licence, il est généralement acquis que le preneur de licence se trouve dans une situation fragile. Il ne bénéficie en effet pas d'un droit exclusif opposable à tous, mais seulement d'un droit d'usage du droit de propriété intellectuelle d'autrui (généralement le donneur de licence<sup>89</sup>) qui lui a été concédé par le contrat de licence. Le preneur reste donc dépendant du contrat de licence qui peut être résilié par le donneur<sup>90</sup>, ce qui est problématique si le preneur dépend totalement de l'usage des biens intellectuels d'autrui pour développer avec succès ses propres activités. Cette dépendance n'est assurément pas nouvelle. Ce qui l'est cependant c'est que les tribunaux, en Suisse et à l'étranger, semblent dé-

sormais enclins à protéger les preneurs de licences (et sous-preneurs) et les utilisateurs des biens intellectuels d'autrui, reconnaissant ainsi leur dépendance envers leurs donneurs/titulaires des droits concernés.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a en effet considéré qu'un contrat-cadre conclu entre des illustrateurs et une agence de publicité ne pouvait pas être résilié (pour justes motifs) par les premiers nommés, compte tenu du fait qu'un tiers (soit le client de l'agence de publicité qui s'était fait céder par cette dernière les droits sur des graphiques représentant des animaux créés par les illustrateurs) avait un besoin établi de pouvoir continuer à utiliser les biens intellectuels concernés<sup>91</sup>. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il décidé qu'il était en l'occurrence parfaitement légitime et même nécessaire de prendre en compte les intérêts d'un tiers au contrat (soit le client de l'agence de publicité) dans l'appréciation de l'existence de justes motifs de résiliation du contrat-cadre conclu entre les illustrateurs et l'agence de publicité<sup>92</sup>. On retrouve également ce souci de protéger les utilisateurs de biens intellectuels d'autrui dans deux arrêts importants rendus par le Bundesgerichtshof allemand en 2012 dans lesquels, consolidant une jurisprudence antérieure dont ces arrêts généralisent l'application<sup>93</sup>, un sous-preneur s'est vu reconnaître le droit de continuer à utiliser les biens intellectuels qui faisaient l'objet de la sous-licence (des logiciels et des œuvres musicales) en dépit de la résiliation du

Technology, Cambridge (USA) 2003; H. W. CHESBROUGH, *Open Business Models: How to Thrive in the New Innovation Landscape*, Cambridge (USA) 2006; H. W. CHESBROUGH, *The Logic of Open Innovation: Managing Intellectual Property*, *California Management Review*, 45:3 (Spring 2003), 33 ss.

<sup>85</sup> H. CHESBROUGH/W. VANHAVERBEKE, *Open Innovation and Public Policy in Europe*, *Science|Business*, décembre 2011, 20 (accessible à: [www.sciencebusiness.net/Assets/27d0282a-3275-4f02-8a3c-b93c2815208c.pdf](http://www.sciencebusiness.net/Assets/27d0282a-3275-4f02-8a3c-b93c2815208c.pdf)): «The locus of innovation is no longer in the firm but in the network».

<sup>86</sup> Ce n'est dès lors pas étonnant que l'Union européenne traite de l'innovation ouverte dans le cadre de son «Digital Agenda», ec.europa.eu/digital-agenda/en/entrepreneurship-innovation/open-innovation; voir à ce propos, le rapport de J. VALLAT, *Intellectual Property and Legal Issues in Open Innovation in Services*, *European Commission Information Society and Media 2009*, accessible à: ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/intellectual-property-and-legal-issues-open-innovation-services.

<sup>87</sup> Une option qui favorise le partage étant de proposer ses produits sous licence ouverte, p. ex. sous licence «Creative Commons», [creativecommons.org/](http://creativecommons.org/), ce qui peut particulièrement valoir en matière de logiciels, en se fondant potentiellement sur des contrats standards, cf. p. ex. les licences figurant sur le site de l'Open Source Initiative: [opensource.org/licenses](http://opensource.org/licenses); sur cette question en droit suisse, voir M. J. WIDMER, *Open Source Software – Urheberrechtliche Aspekte freier Software*, Berne 2003, et G. FRÖHLICH-BLEULER, *Urheber- und vertragsrechtliche Aspekte der Open Source Software*, in: F.S. Jörg/O. Arter (éds), *IT-Verträge*, Berne 2007, 179 ss; *idem*, *Open Source Compliance*, in:

Jusletter 12 novembre 2012; pour le droit allemand, voir le site de l'Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software: [www.ifross.org/](http://www.ifross.org/).

<sup>88</sup> Ce qui n'est pas sans soulever des questions en termes d'allocation des droits de propriété intellectuelle, voir p. ex. A. MONDINI/S. BÜRGE, *Zuordnung der Ergebnisse gemeinsamer Forschung und Entwicklung in der Praxis*, sic! 2008, 3.

<sup>89</sup> Sauf si ce dernier est lui-même un preneur ou même un sous-preneur de licence.

<sup>90</sup> Un contrat de licence, en tant que contrat de durée, étant résiliable pour justes motifs en droit suisse; ATF 133 III 360.

<sup>91</sup> TF, sic! 2013, 600, «Roter Vari».

<sup>92</sup> TF, sic! 2013, 603 consid. 5.5: «Die Nebenintervenientin agierte als Werbeagentur zwischen den beiden Seiten. Bei dieser Sachlage war es daher nicht nur zulässig, sondern geboten, dass die Vorinstanz bei der Abwägung der Interessen auch das Interesse der Beschwerdegegnerin, dieses breit und langfristig angelegte Kinderprogramm fortführen zu können, in die Gesamtwürdigung aller Umstände einbezog».

<sup>93</sup> BGH, GRUR 2009, 946, «Reifen Progressiv».

contrat de licence principale liant le donneur de licence principale et le preneur de licence (et donneur de sous-licence)<sup>94</sup>. Même si ces arrêts soulèvent un certain nombre de questions et qu'ils ne sont pas nécessairement transposables dans d'autres ordres juridiques<sup>95</sup>, leur portée ne doit pas être sous-estimée.

Certes, on peut estimer que les conséquences de ces développements jurisprudentiels – et les désagréments qui en résultent pour le donneur de licence qui se trouve tenu de tolérer la continuation d'une sous-licence alors qu'il a valablement résilié le contrat de licence principale – pourraient être évitées par une réglementation contractuelle adéquate<sup>96</sup>. Ces arrêts démontrent néanmoins la tendance des tribunaux à intervenir de manière assez incisive dans les relations des parties, dans le but de réduire le risque de dépendance des (sous-)preneurs de licence et autres utilisateurs des biens intellectuels d'autrui. On perçoit également cette même volonté, s'agissant de la protection de preneurs de licence confrontés à la faille du donneur, manifestation typique

et extrême du risque de dépendance des preneurs de licence<sup>97</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'on constate, à la lumière de ces arrêts suisses et étrangers, que le balancier, après avoir peut-être trop généreusement penché en faveur des titulaires et donneurs de licence, semble désormais donner plus de poids aux preneurs de licence. Il faudra en fin de compte veiller à adopter un régime équilibré entre donneurs et preneurs de licence et entre titulaires de droits et utilisateurs, équilibre qui s'impose d'autant plus que les rôles sont (et seront très probablement toujours davantage à l'avenir) échangeables, un titulaire de droits utilisés par des tiers (particulièrement un auteur) étant simultanément utilisateur des œuvres d'autrui (comme preneur de licence)<sup>98</sup>.

## 2. Cadre juridique approprié pour les contrats de droit d'auteur

Le processus d'innovation ouverte et d'intensification des échanges créatifs entre les opérateurs du marché confirme le rôle fondamental des contrats régissant ces interactions, permettant l'exploitation de différents droits de la propriété intellectuelle en général (notam-

ment sur la base de licences de brevet et de savoir-faire), et particulièrement de droits d'auteur.

A cet égard, le droit d'auteur suisse, en harmonie avec le principe fondateur de la liberté contractuelle du Code des obligations, reste fortement empreint de libéralisme sur le plan tant matériel<sup>99</sup> que formel<sup>100</sup>. Cette absence de formalisme présente naturellement l'avantage de la flexibilité (ce qui paraît en soi adéquat si l'on considère que le monde de l'art et de la création n'est pas nécessairement réceptif aux formalismes quels qu'ils soient), mais présente aussi l'inconvénient d'une certaine insécurité juridique. Qu'il suffise de mentionner ici la jurisprudence (encore trop) abondante qui démontre à l'envi les difficultés (particulièrement de preuve) qui peuvent surgir en cas de litige sur l'existence ou la portée d'une cession de droits d'auteur<sup>101</sup>. A défaut de volonté d'intervention législative, il faut en tout état attendre de la jurisprudence qu'elle contribue à créer un envi-

<sup>94</sup> BGH, GRUR 2012, 914, «Take Five»; BGH, GRUR 2012, 916, «M2Trade».

<sup>95</sup> L'application des principes résultant de ces arrêts à d'autres droits de propriété intellectuelle est débattue en droit allemand, voir M. DAMMLER / K.-J. MELULLIS, *Störung in der patentrechtlichen Lizenzkette – Folgen für die Unterlizenz im Patentrecht*, GRUR 2013, 781 (qui considèrent que ces principes ne sont pas applicables aux licences de brevet); A. HEIDENHAIN / K. REUS, *Möglichkeiten der vertraglichen Bindung von Unterlizenzen an den Bestand der Hauptlizenz*, *Computer und Recht* 2013, 273 (qui considèrent que tel est le cas); pour une discussion de ces arrêts dans la perspective du droit suisse, voir M. ISKIC / E.-M. STROBEL, *Lang lebe die Unterlizenz!?! Gedanken zum Schicksal von Unterlizenzen bei Wegfall der Hauptlizenz nach deutschem und nach schweizerischem Recht*, *sic!* 2013, 682 ss.

<sup>96</sup> ISKIC / STROBEL (n. 95), 689 (concluant leur article en suggérant un règlement contractuel de cette question entre les parties); dans le même sens HEIDENHAIN / REUS (n. 95), 778.

<sup>97</sup> Voir p. ex. les arrêts américains: en matière de brevets, «Jaffé v. Samsung Electronics Co., Ltd., et al. (In re Qimonda AG)», No. 12-1802, 2013 WL 6388591 (US Court of Appeals for the 4th Cir., Dec. 3, 2013); en matière de marques, «Sunbeam Products, Inc. v. Chicago American Manufacturing, LLC», 686 F.3d 372 (7th Cir. 2012), cert. denied, 133 S. Ct. 790 (2012); pour un commentaire de ce dernier arrêt, voir R. GABAY, *Sunbeam: A Ray of Hope for Trademark Licensees*, 82 *Fordham L. Rev.* 245 (2013), accessible à: [ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol82/iss1/6](http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol82/iss1/6); voir aussi M. REUTTER, *Intellectual property licensing agreements and bankruptcy*, in: J. de Werra (éd.), *Research Handbook on intellectual property licensing*, Edwar Elgar 2013, 281 ss.

<sup>98</sup> Le Rapport du Conseil fédéral (n. 30) l'expose parfaitement, 2: «la limite entre auteur, producteur, exploitant et utilisation, de même que celle entre communication privée et communication publique, devient de plus en plus floue».

<sup>99</sup> Qui se manifeste par l'absence d'ingérence dans la liberté des parties à un contrat de droit d'auteur de façonner leurs relations comme elles l'entendent en dépit d'un potentiel déséquilibre au détriment de l'auteur de l'œuvre; pour une analyse de la question d'une introduction éventuelle d'une rémunération impérative des auteurs en droit suisse à la lumière de l'expérience conduite en Allemagne (§ 32 D-UrhG), voir les réflexions de T. HOEREN (n. 9), [*dans le présent numéro*, 212 ss].

<sup>100</sup> Qui résulte de l'absence d'exigence de forme pour la cession des droits d'auteur.

<sup>101</sup> TF, *sic!* 2013, 605, consid. 3, «Reportages SSR»; TF, *sic!* 2008, 713, «SBB-Uhren IV»; OGer Zurich, *sic!* 2011, 227, «Bob Marley II»; est emblématique à cet égard l'affaire «SBB-Uhren» par laquelle les tribunaux ont été amenés à rechercher la volonté réelle des parties, et particulièrement celle du créateur de la célèbre montre CFF, ce qui n'était pas une mince affaire, sachant que ce dernier est décédé en 1993, que la procédure judiciaire a été intentée par ses héritières en 2006, et que le créateur avait créé la montre de gare originale pour les CFF en 1946 (!), la production de la montre-poignet ayant pour sa part débuté en 1986.

ronnement propice à la sécurité des transactions portant sur le droit d'auteur<sup>102</sup>.

## VI. Protection des logiciels

C'est une évidence de constater que les réseaux numériques reposent sur de multiples innovations technologiques: les réseaux n'existeraient pas sans un éventail d'outils qui permettent le stockage, la transmission et la diffusion des données numériques à l'échelle planétaire. Au-delà des ressources physiques (soit le *hardware*, en particulier les serveurs, routeurs, câbles à haut débit, etc.) qui constituent le *squelette* des réseaux, il faut reconnaître la fonction centrale des logiciels (*software*) dans l'architecture des réseaux numériques: les logiciels constituent la *chair* des réseaux qui leur donnent vie et permettent ainsi aux Internautes et aux entreprises

de profiter pleinement du village global numérique. Les logiciels représentent ainsi assurément un élément essentiel de l'écosystème des réseaux numériques. Ils ne sont d'ailleurs pas seulement essentiels pour les entreprises actives sur les réseaux numériques, dès lors qu'ils sont proprement indispensables à toute société commerciale (et à toute entité étatique) quelle que soit le secteur d'activité concerné.

C'est ce qu'a brillamment exposé Marc Andreeseen<sup>103</sup> dans un article (très remarqué) publié dans le Wall Street Journal sous le titre provocateur «*Why Software Is Eating The World*»<sup>104</sup>: toute offre de produits ou de services repose désormais sur des solutions informatiques<sup>105</sup>. Il est dès lors évident que les conditions et l'étendue de la protection légale des logiciels sont critiques pour toute entreprise, ce qui vaut particulièrement pour celles qui opèrent sur les réseaux numériques<sup>106</sup>.

Il n'est dès lors pas surprenant que les tribunaux ont été, sont et seront certainement encore à l'avenir, invités à définir les contours de la protection juridique des logiciels. En l'espace de quelques mois, la CJUE a ainsi été amenée à trancher plusieurs questions importantes concernant la protection des logiciels par le droit d'auteur<sup>107</sup>, alors que cette thématique n'avait jusqu'alors pas véritablement occupé les tribunaux depuis la création du cadre juridique harmonisé par la directive sur la protection des programmes d'ordinateur il y a plus de 20 ans (cette directive datant de 1991 ayant été la première directive adoptée en matière de droit d'auteur)<sup>108</sup>.

<sup>102</sup> On peut à cet égard se demander, à titre d'illustration, si l'exigence d'un «contrat séparé» pour opérer une cession de droit d'auteur par opposition à un contrat portant sur le «transfert de la propriété d'œuvres matérielles» posée par le Tribunal fédéral (TF, sic! 2013, 605 ss, consid. 3.1, «Reportages SSR») en lien avec l'art. 16 al. 3 LDA est adéquate, dès lors qu'elle pourrait laisser penser qu'il n'est pas possible de prévoir dans un seul et même contrat le transfert de la propriété du support matériel de l'œuvre (p. ex. un tableau) et celle des droits d'auteur sur l'œuvre concernée, le Tribunal fédéral ayant indiqué qu'«[...] il y a lieu de conclure, pour la cession d'un droit d'auteur, un contrat séparé de celui ayant entraîné le transfert de la propriété d'œuvres matérielles». On doit aussi regretter à ce propos la formulation ambiguë qui se réfère au «transfert de la propriété d'œuvres matérielles», la notion d'«œuvres matérielles» étant propre à créer la confusion (l'œuvre protégée par le droit d'auteur étant par essence immatérielle), qui aurait pu être remplacée par celles d'«exemplaire matériel de l'œuvre». Cette imprécision résulte du texte légal français, qui se réfère au «transfert de la propriété d'une œuvre» à l'art. 16 al. 3 LDA, à la différence des autres langues («Übertragung des Eigentums am Werkexemplar» et «trasferimento della proprietà di un esemplare dell'opera» respectivement).

<sup>103</sup> Fondateur de la société Netscape pionnière dans les logiciels permettant de surfer sur Internet (browser), désormais actif comme capital-risqueur (venture capitalist) influent de la Silicon Valley (notamment comme membre du conseil d'administration de Facebook).

<sup>104</sup> M. ANDREESSEN, *Why Software Is Eating The World*, Wall Street Journal, 20 août 2011 (l'auteur prenant différents exemples pour confirmer son propos, notamment: «Today, the world's largest bookseller, Amazon, is a software company – its core capability is its amazing software engine for selling virtually everything online, no retail stores necessary. [...] Today's fastest growing entertainment companies are videogame makers – again, software»).

<sup>105</sup> Voir aussi A. KEEN, *In the new industrial revolution, software is all important*, Financial Times, 6 novembre 2012, 9; est significative à cet égard la stratégie adoptée par des conglomérats industriels de se préparer à l'Internet industriel («industrial Internet») marquée par l'engagement de ressources importantes dans le développement de solutions informatiques, cf. p. ex. S. LOHR, G.E. bets big on an industrial Internet for digital technologies, New York Times (global edition), 27 novembre 2012, 19.

<sup>106</sup> La question de la protection par d'autres moyens, notamment par le droit des brevets

d'invention, ne sera pas traitée ici, la présente contribution étant consacrée au droit d'auteur; la question de la protection des inventions mises en œuvre par ordinateur reste d'ailleurs extrêmement complexe et controversée, comme le montre la récente décision de la US Court of Appeal for the Federal Circuit du 10 mai 2013 dans l'affaire «CLS Bank International v. Alice Corporation», cette décision qui a été prise en banc, soit par dix juges, ayant en effet donné lieu à sept opinions différentes exprimées par les juges concernés (l'arrêt est accessible à: [www.ca9.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/11-1301.Opinion.5-8-2013.1.PDF](http://www.ca9.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/11-1301.Opinion.5-8-2013.1.PDF)); voir aussi P. GUARDA, *Looking for a feasible form of software protection: copyright or patent, is that the question?*, EIPR 2013, 445.

<sup>107</sup> Arrêt CJEU du 22 décembre 2010, «Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury» (affaire C-393/09), arrêt CJUE du 2 mai 2012, «SAS Institute Inc. c. World Programming Ltd» (affaire C-406/10) et arrêt «Usedsoft c. Oracle» (n. 74); voir CH. HEINZE, *Software als Schutzgegenstand des Europäischen Urheberrechts*, JIPITEC 2011, 97 ss (accessible à: [www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3082](http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3082)).

<sup>108</sup> Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, ultérieurement remplacée par la Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (version codifiée); voir J.-P. TRIAILLE, *Enfin des arrêts de la Cour de justice en matière de protection des logiciels*, Journal des tribunaux (Belgique) 2012, 833 ss.

Pour ce qui concerne la Suisse, on doit constater que la jurisprudence ne reflète pas toujours la clarté qui serait souhaitée pour un objet de protection aussi fondamental que les logiciels. Ainsi, un arrêt récent de l'Obergericht de Zurich a élaboré, de manière quelque peu audacieuse, une règle de présomption de protection par le droit d'auteur, qui n'existe pas pour les autres œuvres et qui n'a pas de justification<sup>109</sup>, posant d'ailleurs ici la question de la capacité de juridictions non spécialisées de trancher efficacement de tels litiges<sup>110</sup>.

Au-delà de nos frontières, l'affaire SAS Institute Inc. c. World Programming Ltd tranchée par un arrêt de la CJUE du 2 mai 2012 (C-406/10) est, elle aussi, révélatrice des difficultés auxquelles les tribunaux sont susceptibles d'être confrontés lorsqu'ils sont amenés à déterminer l'objet de la protection du droit d'auteur en matière de logiciels<sup>111</sup>. Dans ce litige, la CJUE a tranché que les fonctionnalités d'un

logiciel et le langage de programmation ne sont pas protégés par le droit d'auteur sur les programmes d'ordinateur, laissant toutefois un certain nombre de questions ouvertes.

En outre, dans un monde interconnecté, la question de la compatibilité ou de l'interopérabilité des services est fondamentale<sup>112</sup>. Or, celle-ci dépend largement de la portée de la protection des logiciels sous l'angle de leur interopérabilité<sup>113</sup>. Ainsi, il est essentiel de déterminer si et dans quelle mesure les «*Application Programming Interfaces*» (API) sont susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur, ce qui est au cœur du litige opposant les géants Oracle et Google devant les tribunaux californiens. Par arrêt du 31 mai 2012<sup>114</sup>, le Juge Alsup (du US District Court for the Northern District of California) a considéré que tel n'était pas le cas en l'espèce s'agissant de la reprise par Google de certaines API de Java, mais l'affaire est encore en cours (un appel ayant été formé par Oracle devant la Cour d'Appel du 9<sup>ème</sup> Circuit le 11 février 2013)<sup>115</sup>.

Dans ces circonstances, un important défi auquel le droit d'auteur doit faire face sur les réseaux numériques est de définir de manière adéquate les contours de la protection des logiciels<sup>116</sup>. On relèvera d'ailleurs, ce qui ne

constitue toutefois pas véritablement une consolation, que l'appréhension juridique du logiciel pose également des difficultés en dehors du droit d'auteur<sup>117</sup>.

## VII. Perspectives

Quel sera le visage du droit d'auteur demain? Même s'il n'est pas possible d'en esquisser les traits avec certitude, quelques réflexions prospectives peuvent être tentées, tenant en premier lieu au rôle des autorités dans ce contexte.

On peut tout d'abord observer une certaine évolution du rôle des autorités, qui glisse d'une fonction de régulateur à celle d'observateur<sup>118</sup>, démontrant ainsi la nécessité pour les autorités de suivre avec attention et de manière continue l'évolution des pratiques et technologies qui ont un impact sur l'application du droit d'auteur, voire de s'assurer de l'adaptation aux développements technologiques d'une injonction donnée à un opérateur<sup>119</sup>. On voit en particulier cette fonction d'observation dans l'arsenal législatif adopté en Suisse en vue de lutter contre le contournement des mesures techniques de protection dans le cadre duquel un «observatoire des mesures techniques» a été institué (art. 39b LDA), et, dans l'Union européenne, dans la création de l'Observatoire européen des atteintes aux

<sup>109</sup> Oger Zurich, sic! 2013, 697, «Bildungssoftware», suivi d'une note critique de R. M. HILTY allant dans le même sens.

<sup>110</sup> Oger Zurich, sic 2013, 700, consid. 5.4.2, relevant que, comme l'expert mandaté par le tribunal n'avait pas pu constater si des séquences de programmes avaient été générées automatiquement, et, si oui, lesquelles, la présomption d'individualité suffisante – et donc de protection par le droit d'auteur – devait s'appliquer («Ob und welche Programmsequenzen maschinengeneriert sind, konnte der Gutachter nicht feststellen. Bei dieser Sachlage greift die natürliche Vermutung zugunsten der hinreichenden Individualität»).

<sup>111</sup> L'importance de cette affaire a été dûment reconnue par la doctrine, certains s'inquiétant de l'impact négatif qu'aurait eu une décision de la CJUE si elle avait admis la protection du droit d'auteur dans le cas d'espèce, voir P. SAMUELSON/TH. C. VINJE/ W. R. CORNISH, Does Copyright Protection Under the EU Software Directive Extend to Computer Program Behaviour, Languages and Interfaces?, EIPR 2012, 158 ss (accessible à: [ssrn.com/abstract=1974890](http://ssrn.com/abstract=1974890)); voir aussi S. Vezzoso, Copyright, Interfaces, and a Possible Atlantic Divide, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 2011 (JIPITEC) 2012, 153 ss

(accessible à: [www.jipitec.eu/issues/jipitec-3-2-2012/3444/vezzoso.pdf](http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-3-2-2012/3444/vezzoso.pdf)).

<sup>112</sup> Sur cette thématique, voir le remarquable ouvrage de J. PALFREY/U. GASSER, *Interop: The Promise and Perils of Highly Interconnected Systems*, New York (Basic Books) 2012.

<sup>113</sup> Sur cette question (dans une perspective transatlantique), voir P. SAMUELSON, The Past, Present and Future of Software Copyright Interoperability Rules in the European Union and United States, EIPR 2010, 229 ss (accessible à: [www.law.berkeley.edu/php-programs/faculty/facultyPubsPDF.php?facID=346&pubID=228](http://www.law.berkeley.edu/php-programs/faculty/facultyPubsPDF.php?facID=346&pubID=228)).

<sup>114</sup> [www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf](http://www.groklaw.net/pdf3/OraGoogle-1202.pdf).

<sup>115</sup> [www.groklaw.net/pdf4/OraGoogleAppeal-43.pdf](http://www.groklaw.net/pdf4/OraGoogleAppeal-43.pdf).

<sup>116</sup> Voir déjà R. M. HILTY, Der Schutz von Computerprogrammen – nationale und interna-

tionale Normen auf dem Prüfstand des Internets, sic! 1997, 128.

<sup>117</sup> TF du 31 juillet 2013, 4A\_149/2013; pour un commentaire de cet arrêt, voir G. FRÖHLICH-BLEUER, Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit. b LugÜ auf Software, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar (dRSK), 26 août 2013.

<sup>118</sup> Ceci s'inscrivant au demeurant dans la perspective plus large de la nécessité de procéder à des consultations dans le cadre de processus législatifs, voir à ce sujet A. FLÜCKIGER, Consulter pour mieux légiférer: Utilité des procédures de consultation pré-parlementaires, LeGes – Législation et évaluation, 2011, 185.

<sup>119</sup> Voir l'exemple exposé en n. 65.

droits de propriété intellectuelle (OHMI)<sup>120</sup>.

En réalité, il ne doit pas s'agir seulement d'observer les *atteintes* aux droits de propriété intellectuelle dans une approche défensive et réactive (et dans une perspective étroite focalisée sur la lutte contre la contrefaçon), mais plus généralement d'apprécier l'*efficacité* du régime de protection dans une réflexion positive et prospective, soit en examinant aussi dans quelle mesure les mécanismes d'exploitation autorisés des œuvres (gestion collective ou gestion individuelle sur le fondement de mécanismes contractuels) sont adaptés à un environnement technologique évolutif.

En somme, le régime de protection du droit d'auteur doit également adopter une approche fondée sur l'innovation ouverte, soit un régime fondé sur le partage d'informations et d'expériences<sup>121</sup>, phénomène qui, comme évoqué<sup>122</sup>, vise à faciliter les interactions entre les opérateurs du marché.

Le rôle des autorités évolue aussi dans le sens où ces dernières ne sont plus nécessairement supposées prendre des décisions formelles, mais se posent au contraire en intermédiaires, afin de

faciliter, voire d'arbitrer les intérêts opposés des acteurs concernés. On peut, là encore, se référer à ce que prévoit l'art. 39b LDA, qui confie à l'observatoire des mesures techniques la mission d'encourager «la recherche de solutions communes»<sup>123</sup>, et aussi de s'efforcer «en tant que médiateur [...], de parvenir à un règlement amiable avec les parties concernées»<sup>124</sup>, ce qui confirme les perspectives prometteuse de développement des modes alternatifs de résolution des litiges en matière de propriété intellectuelle<sup>125</sup>.

On le sait, le droit d'auteur a pour tâche de récompenser la créativité et l'innovation. Cette invitation à l'innovation lancée par le droit d'auteur devrait en réalité aussi s'appliquer à la réglementation-même de cette branche du droit. Le droit d'auteur se doit aussi d'être créatif et innovant: il doit être le fruit d'une créativité collective, qui s'enrichit des interactions et échanges entre institutions publiques et privées, des projets de soft law et d'autres sources pertinentes, et incarne ainsi une créativité décloisonnée, interdisciplinaire, évolutive et globale.

La globalité, l'interactivité et le caractère évolutif des réseaux numériques doivent en somme conduire à

adopter une approche *décloisonnée* dans la recherche et l'élaboration de principes juridiques que l'on vise à leur appliquer: les réseaux sont des plateformes d'*interactions* et les règles juridiques amenées à les régir doivent aussi refléter de telles interactions. Le décloisonnement doit évidemment et en premier lieu être géographique, les solutions juridiques proposées devant idéalement tendre à l'universalité. Le décloisonnement doit toutefois aussi être normatif: les solutions ne résulteront pas d'une réflexion limitée au droit d'auteur, ni même au droit de la propriété intellectuelle, mais devront également appréhender les autres domaines du droit qui sont affectés par les réseaux numériques, en particulier les droits fondamentaux (et spécifiquement la protection de la sphère privée) et le droit des contrats (sachant que les relations qui se tissent sur les réseaux numériques sont généralement régies par des contrats – de droit privé –, dont la validité et la mise en œuvre posent parfois problème)<sup>126</sup>. Elles devront en outre prévoir une mise en œuvre efficace de la protection, potentiellement par des mécanismes de résolution alternatifs des conflits, qui jouent un rôle particulier dans l'environnement en ligne<sup>127</sup>. Le décloisonnement signifie également que les autorités étatiques

<sup>120</sup> Règlement (UE) No 386/2012 du Parlement européen et du Conseil du 19 avril 2012 confiant à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) des tâches liées au respect des droits de propriété intellectuelle, notamment la réunion de représentants des secteurs public et privé au sein d'un Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

<sup>121</sup> On en trouve trace dans le tout récent Traité de Marrakech de l'OMPI visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées du 27 juin 2013 qui prévoit (art. 9 al. 1) que «[l]es Parties contractantes s'efforcent de favoriser les échanges transfrontières d'exemplaires en format accessible *en encourageant le partage volontaire d'informations* pour aider les entités autorisées à s'identifier les unes les autres» (italique ajouté).

<sup>122</sup> Cf ci-dessus V.

<sup>123</sup> Art. 39b al. 1 let. b LDA.

<sup>124</sup> Art. 16f al. 2 ODA; on peut aussi mentionner le mandat de médiation confié par la Commission européenne (soit par le Commissaire MICHEL BARNIER) à M. ANTÓNIO VITORINO, ex-Commissaire à la Justice et aux Affaires intérieures, dont le but était de présider en qualité de médiateur à un dialogue entre les différentes parties intéressées sur les redevances pour copie et reproduction privées, qui a conduit à l'élaboration de recommandations par ce dernier en date du 31 janvier 2013 (accessibles à: [ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/levy\\_reform/130131\\_levies-vitorino-recommendations\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf)).

<sup>125</sup> Preuves en sont aussi les services de médiation offerts par l'OHMI ([oami.europa.eu/ohimportal/fr/mediation](http://oami.europa.eu/ohimportal/fr/mediation)), ainsi que la création future du Centre de médiation et d'arbitrage en matière de brevets prévu par l'Accord sur la juridiction unifiée de brevet (art. 35), cf. [www.unified-patent-court.org/](http://www.unified-patent-court.org/).

<sup>126</sup> Voir p. ex. l'arrêt de la Cour d'appel de Pau 1<sup>re</sup> chambre, arrêt du 23 mars 2012 dans l'affaire «Sébastien R. c. Facebook» (accessible à: [www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=3382](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3382)).

<sup>127</sup> Comme le montre la récente adoption d'un nouveau cadre réglementaire au sein de l'Union européenne visant à promouvoir l'utilisation de mécanismes alternatifs de règlement extrajudiciaire des différends (notamment en ligne) pour les litiges de consommation, institué par (1) la Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE et (2) par le Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consumma-

nationales, régionales et internationales sont invitées à s'inspirer de normes et de principes développés dans le secteur privé, le décloisonnement visant ainsi à favoriser les interactions et la fertilisation croisée entre normes étatiques et normes privées (*soft law*)<sup>128</sup>, ce qui a déjà été pratiqué avec succès pour certaines questions juridiques relatives aux réseaux numériques<sup>129</sup>.

tion et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE.

<sup>128</sup> Voir p. ex. le European Copyright Code élaboré par un groupe d'experts académiques européens dans le cadre du «Wittem Project», [www.copyrightcode.eu/](http://www.copyrightcode.eu/).

<sup>129</sup> On peut se référer dans ce contexte au mécanisme de règlement des différends relatifs

En somme, il s'agit de créer et de préserver un écosystème équilibré et évolutif de la propriété intellectuelle sur les réseaux numériques. C'est assurément

aux noms de domaine «.eu» pour lesquels le Règlement 874/2004 expose (consid. 16) que «[l]e registre doit prévoir une procédure de règlement extrajudiciaire des litiges tenant compte des meilleures pratiques internationales dans ce domaine», confirmant ainsi l'importance déterminante des meilleures pratiques internationales, et spécifiquement de la précieuse expérience acquise dans le cadre de l'Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) – réglementation de source privée élaborée sous l'égide de l'ICANN – dans la conception du système de règlement des litiges pour les noms de domaine «.eu».

ment une tâche ambitieuse, mais elle n'est pas insurmontable, l'application du droit d'auteur sur les réseaux ne posant (heureusement) pas toujours des questions insolubles, comme le confirme, parfois, la jurisprudence<sup>130</sup>.

<sup>130</sup> Voir l'arrêt de l'England and Wales Patents County Court admettant la violation du droit moral de l'auteur d'une photographie causée par la mise à disposition sur un site Internet d'une photographie modifiée (comportant condamnation à la réparation du préjudice moral causé par l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre («derogatory treatment») pour un montant de £ 50.-) rendu le 18 mai 2012 dans l'affaire «Delves – Broughton v. House Of Harlot Ltd» [2012] EWPCC 29 (accessible en ligne à: [www.bailii.org/ew/cases/EWPCC/2012/29.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWPCC/2012/29.html)).