



Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum
Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle
Istituto Federale della Proprietà Intellettuale
Swiss Federal Institute of Intellectual Property

Stauffacherstrasse 65/59 g
CH-3003 Bern
T +41 31 377 77 77
info@ipi.ch | www.ige.ch

Rapport de l'Observatoire des mesures techniques relatif à l'accès aux contenus numériques

(Rapport sur la portabilité)

du 31.07.2020

Table des matières

1	Introduction	3
2	Résumé	3
3	Étude	4
3.1	Mandat	4
3.2	Contenu et cadre de l'étude	4
3.3	Structure	5
3.4	Méthodologie	5
4	Contenus audiovisuels et Internet	6
5	Que signifie « blocage géographique » ?	6
6	Le blocage géographique touche-t-il les consommateurs suisses ?	7
7	Blocage géographique : contexte	8
7.1	Cadre juridique	8
7.2	Le blocage géographique du point de vue des titulaires de droits	10
7.3	Le blocage géographique du point de vue des services de contenu en ligne	12
7.4	Conclusion	13
8	Le blocage géographique dans l'UE et en Suisse	14
8.1	Situation dans l'UE	14
8.1.1	Contexte et but de la réglementation de l'UE	14
8.1.2	Le règlement européen relatif à la portabilité transfrontalière	14
8.1.3	La directive sur la retransmission de programmes de télévision et de radio	16
8.2	Situation en Suisse	16
8.3	Conclusion	17
9	Services de contenu en ligne : la situation pour les clients helvétiques	17
9.1	Accessibilité transfrontalière des contenus en ligne protégés	17
9.2	Obligation contractuelle de géoblocage	18
10	Situation des consommateurs suisses	18
10.1	Contexte	18
10.2	Le blocage géographique comme mesure technique et son contournement	18
10.2.1	Les mesures techniques servant à la protection des œuvres et des prestations	19
10.2.2	Efficacité des mesures techniques et de leur contournement	19
10.2.3	Protection	20
10.2.4	Relation avec les restrictions au droit d'auteur	21
10.3	Aspects contractuels	21
10.4	Conclusion	21
11	Appréciation finale	22

1 Introduction

Les évolutions technologiques et la numérisation qui y est associée ont bouleversé les habitudes quotidiennes. Tandis qu'autrefois, on se retrouvait devant le téléviseur à une heure donnée pour regarder, sur une des rares chaînes disponibles, le nouvel épisode d'une série policière hebdomadaire ou les nouvelles du soir, on a aujourd'hui accès aux émissions préférées où et quand on le souhaite – cela grâce aux programmes numériques et aux appareils mobiles comme les ordinateurs portables, les tablettes et les smartphones.

Les habitudes de consommation sont donc en pleine mutation. Les contenus comme de la musique, des films ou des séries sont enregistrés sur un *cloud* ou visionnés en streaming. D'une part, on s'abonne à des services de contenu en ligne¹, comme Netflix, Amazon Prime Video, Swisscom TV ou Zattoo. D'autre part, on profite aussi de programmes disponibles sans abonnement sur les sites Internet de différents services de contenu en ligne, comme la télévision suisse, ce qui permet de composer un programme en fonction des intérêts et des envies personnels.

Aujourd'hui renoncer à ces habitudes semble impensable. Durant les vacances ou en voyage d'affaires à l'étranger, on souhaite accéder aux programmes préférés. Si cela est faisable du point de vue technique, la réalité pratique est quelque peu différente. Lors d'un séjour à l'étranger, on a souvent un accès limité, voire aucun accès aux contenus habituels (abonnés) : il est fréquent qu'un message s'affiche déclarant que le contenu choisi n'est pas disponible dans le pays en question. Le blocage géographique (ou géoblocage) privé², au moyen duquel les services de contenu en ligne peuvent limiter géographiquement l'accès à leurs contenus, en est la cause. Ainsi, si un abonnement pour des films ou de la musique est souscrit dans l'État de résidence, il peut, selon les circonstances, être bloqué dans les pays limitrophes déjà. Les contenus ne sont donc pas « portables » : des « frontières » nationales virtuelles sont tracées sur Internet.

La situation étant parfois considérée comme insatisfaisante, la Commission européenne a, par exemple, pris des mesures ponctuelles visant à garantir la portabilité. En Suisse également, les consommateurs souhaiteraient pouvoir profiter d'un accès aux contenus en ligne au-delà des frontières. La présente étude se concentre donc sur les points suivants :

- analyse de la situation actuelle concernant la portabilité en Suisse;
- examen des possibilités d'amélioration de la portabilité des contenus en ligne.

2 Résumé

- Les appareils mobiles permettent en principe un accès aux contenus indépendamment de la localisation géographique. Malgré les appareils mobiles et Internet, les consommateurs suisses ne peuvent toutefois pas toujours accéder à leurs contenus audiovisuels habituels lorsqu'ils séjournent temporairement à l'étranger. Certains contenus sont certes « portables » par-delà les frontières, mais pas tous.
- Le blocage géographique privé, au moyen duquel les services de contenu en ligne peuvent limiter géographiquement l'accès à leurs contenus, en est la cause.
- L'Observatoire des mesures techniques (OMET) a étudié la question du blocage géographique en se concentrant sur les contenus audiovisuels tels que les films et les retransmissions d'événements sportifs. La base de cette étude est le mandat défini dans le « Plan d'action Suisse numérique », qui consiste à s'engager, dans les relations Suisse/UE, en faveur d'une portabilité transfrontalière des contenus acquis licitement par les utilisateurs.
- Les raisons du recours au blocage géographique privé dans le domaine audiovisuel sont diverses. Il permet non seulement de soutenir les structures d'exploitation des titulaires de droits nécessaires au financement des films, mais permet aussi aux services de contenu en ligne d'acquiescer des licences limitées aux

¹ Dans le présent document, le terme « service de contenu en ligne » est utilisé à des fins de simplification pour désigner différents fournisseurs de contenus en ligne, p. ex. les services de vidéo à la demande, les fournisseurs de télévision en streaming ainsi que les services de médias en streaming, et peut également comprendre les organismes de diffusion ou les rediffuseurs. L'accessibilité en ligne de leurs contenus constitue l'élément déterminant de la définition.

² Lorsqu'il est question, dans le présent rapport, de blocage géographique ou de géoblocage, il s'agit toujours de blocage géographique privé qu'il convient de distinguer des mesures de blocage géographique ordonnées par l'État, telles qu'elles sont prévues dans le domaine des jeux d'argent.

besoins essentiels de leurs clients. Il est ainsi possible d'éviter une augmentation des coûts des abonnements.

- Afin de renforcer le fonctionnement du marché unique et, dans certains cas, de rendre possible la portabilité de contenus numériques, l'UE a édicté un règlement et une directive. Elle n'accorde cependant pas un accès complet aux contenus en ligne, que ce soit en termes de contenu ou de couverture géographique. Aux niveaux des contenus, elle a opté pour des mesures ponctuelles spécifiques tenant compte des différents intérêts en jeu. Ces dernières sont limitées à l'Espace économique européen (EEE). La Suisse ne fait pas partie de l'EEE et ne rentre donc pas dans le champ d'application du règlement relatif à la portabilité transfrontalière et de la directive « SatCab ».
- L'UE a pris des mesures réglementaires, car celles-ci présentent un degré élevé de sécurité juridique; laisser aux parties concernées la liberté d'adapter leurs contrats de licences de manière autonome paraissait être une voie impraticable dans la perspective d'un marché unique.
- En vertu du principe dit « de territorialité », il n'est pas judicieux, en Suisse, d'élaborer unilatéralement des mesures offrant aux consommateurs suisses la portabilité de contenus en ligne : cela nécessiterait en effet des négociations bilatérales ou multilatérales qui – sur la base d'une vision globale des relations entre la Suisse et l'UE – devraient être en phase avec la stratégie de politique européenne du Conseil fédéral.
- Contrairement à l'UE, la Suisse permet d'octroyer la portabilité moyennant une licence. Un accord bilatéral ou multilatéral n'est donc pas impératif.

3 Étude

3.1 Mandat

La numérisation fait désormais partie de notre quotidien. Pour ne citer qu'un exemple : il est rare, aujourd'hui, de quitter son domicile sans son téléphone portable. La numérisation présente donc un grand potentiel, qui devrait être exploité. Le Conseil fédéral l'a rapidement constaté et souhaite que la Suisse tire au mieux profit des opportunités de la numérisation. À cette fin, il a présenté en septembre 2018 sa stratégie « Suisse numérique »³ : il y définit les lignes directrices et les objectifs pour une Suisse « numérique ». Le rapport « Plan d'action Suisse numérique »⁴, élaboré par l'Office fédéral de la communication (OFCOM), fait partie de cette stratégie et liste les mesures concrètes qui permettront d'atteindre les objectifs stratégiques.

Conformément à la mesure 7.6 du plan d'action, l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) est tenu de :

- suivre les propositions législatives menées dans l'UE en vue de l'harmonisation des systèmes nationaux de droits d'auteurs;
- de s'engager, dans les relations Suisse/UE, en faveur d'une portabilité transfrontalière des contenus acquis légalement par les utilisateurs.

L'OMET, qui fait partie de l'IPI, a pris en charge ce mandat. Il est le centre de compétences de la Confédération pour l'évaluation des effets des mesures techniques sur les utilisations de contenus protégés par des droits d'auteur. Ces mesures techniques peuvent prendre la forme de contrôles d'accès ou de dispositifs anticopies. Un dispositif anticopies empêche l'enregistrement par exemple d'un livre audio sur un lecteur MP3. Comme mentionné précédemment, les services de contenu en ligne peuvent restreindre l'accès à leurs offres au moyen du blocage géographique; celui-ci pourrait être considéré comme une mesure technique. Par conséquent, il revient à l'OMET de suivre les développements dans le domaine de la portabilité aux niveaux suisse et européen.

3.2 Contenu et cadre de l'étude

Le blocage géographique ne sert pas uniquement à limiter la portabilité de contenus en ligne, mais est également utilisé dans le domaine du commerce en ligne, notamment. À la lumière du mandat du « Plan d'action Suisse numérique », la présente étude se limite à la thématique de la portabilité des contenus en ligne.

³ OFCOM (éd.) (2018) : Stratégie Suisse numérique. Biel/Bienne. Peut être consulté à l'adresse : www.bakom.admin.ch > Suisse numérique et internet > Suisse numérique (état au 27.2.2020).

⁴ OFCOM (éd.) (2018) : Plan d'action Suisse numérique, état au 5 sept. 2018. Biel/Bienne. Peut être consulté à l'adresse : www.bakom.admin.ch > Suisse numérique et internet > Suisse numérique (état au 27.2.2020).

La notion de « contenus en ligne » comprend notamment la musique, les films et les livres numériques disponibles sur Internet. Après que de premières clarifications ont montré que le besoin des consommateurs en matière de portabilité transfrontalière est particulièrement important dans le domaine audiovisuel, l'OMET a décidé de se concentrer sur la portabilité des contenus audiovisuels. Un premier bref examen a de plus démontré que, dans le domaine musical par exemple – comme c'est le cas au sein de l'UE –, il n'existe manifestement aucun problème notable en termes de portabilité.

Dans le domaine de la musique en ligne, les droits sont gérés par SUISA. La société de gestion des droits des auteurs et éditeurs d'œuvres musicales est habilitée à octroyer dans le monde entier des licences pour la musique d'artistes avec lesquels elle a directement conclu un contrat. En outre, SUISA et la société américaine SESAC (Society of European Stage Authors and Composers) ont fondé ensemble la *joint venture* « Mint Digital Services ». Ses entités d'octroi de licences (SUISA Digital et SESAC Digital) ont leur siège dans la Principauté du Liechtenstein, ce qui permet à SUISA Digital d'accorder des licences multiterritoriales conformes aux normes européennes. Pour les citoyens suisses, cela signifie qu'ils peuvent généralement utiliser sans problème leurs services de musique en ligne à l'étranger.

L'étude n'inclut pas le blocage géographique employé dans le contexte du commerce en ligne. Dans ce cadre, les commerçants actifs en ligne peuvent exclure des clients étrangers de leurs offres (p. ex. en raison de différences dans les règles de protection des consommateurs). Le Conseil fédéral traite cette thématique dans son message du 29 mai 2019 relatif à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » et au contre-projet indirect (modification de la loi sur les cartels)⁵. Il y donne également quelques explications ponctuelles concernant la portabilité des contenus en ligne. Il précise de manière générale qu'une interdiction unilatérale du principe du blocage géographique (privé) ne pourrait pas, en raison de difficultés liées à son exécution (à l'étranger), être appliquée de manière efficace dans la pratique⁶.

Les aspects du blocage géographique relevant des droits de la concurrence sont également exclus de la présente étude. Il n'entre pas dans la compétence de l'OMET d'évaluer l'influence qu'exerce le blocage géographique sur la concurrence en Suisse.

L'OMET étudie la thématique d'un point de vue suisse, voire européen. L'organisme a opté pour ce cadre en raison de la situation géographique de la Suisse.

3.3 Structure

Dans un premier temps, l'OMET fournira des informations générales sur la consommation des contenus audiovisuels via Internet et sur le blocage géographique. Il examinera ensuite si les consommateurs suisses sont concernés par le blocage géographique. Il cherchera par ailleurs les raisons potentielles qui pourraient expliquer le recours au blocage géographique, avant d'examiner le *statu quo* au sein de l'UE et en Suisse. Ces éléments permettront d'obtenir des informations sur la situation :

- pour les services de contenu en ligne qui ont des clients suisses;
- pour les consommateurs résidant en Suisse (même si ici, la question du contournement des mesures techniques joue également un rôle essentiel).

Enfin, l'OMET présentera un résumé de ses résultats.

3.4 Méthodologie

Dans le cadre de la présente étude, l'OMET a pris contact avec les représentants de différents milieux concernés⁷ afin de déterminer comment se présente, à leurs yeux, la situation en Suisse.

⁵ FF 2019 4665

⁶ FF 2019 4665, ici 4712

⁷ Du côté de la protection des consommateurs, l'OMET a été en contact avec la SKS (Stiftung für Konsumentenschutz), la FRC (Fédération romande des consommateurs) et l'ACSI (Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana). Le kf (Schweizerisches Konsumentenforum) ne s'est pas prononcé. Du côté des titulaires de droits, l'OMET a pris contact avec AudioVision Suisse (union des partenaires officiels de distribution de produits audiovisuels en Suisse), ifpi Suisse (association de branche des labels de musique suisses), la SSA (société coopérative d'auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales, chorégraphiques, audiovisuelles et multimédias), SUISA (coopérative suisse des auteurs et éditeurs de musique) et SUISSIMAGE (société suisse pour droits d'auteurs des œuvres audiovisuelles). L'OMET a également entendu différents services de streaming et fournisseurs de services de télécommunication (Apple Distribution,

Il a également été en contact avec l'Office fédéral de la justice (OFJ), l'Office fédéral de la communication (OFCOM) et le Secrétariat d'État à l'économie (SECO).

Enfin, l'OMET a examiné lui-même diverses offres gratuites et payantes dans le domaine de l'audiovisuel, parmi lesquelles aussi bien des services de contenu en ligne proposant des films et des séries « à la demande » que des services actifs dans le domaine de la diffusion et de la rediffusion de programmes télévisés quotidiens en direct.

4 Contenus audiovisuels et Internet

De nombreux ménages possèdent aujourd'hui encore une télévision. Beaucoup d'entre eux ne regardent cependant plus des films, le téléjournal ou des émissions de sports via la télévision câblée, par antenne ou par satellite : on assiste en effet à un changement des habitudes de consommation, de la télévision classique à des contenus audiovisuels en streaming⁸ via Internet⁹.

Dans le cadre de cette évolution, différentes offres de streaming ont vu le jour pour les contenus audiovisuels. S'agissant du streaming, on distingue en général le streaming « à la demande » du streaming « en direct ». Le premier permet aux consommateurs d'accéder à un contenu audiovisuel de manière individuelle et au moment de leur choix. Ils ont la possibilité d'interrompre la diffusion du contenu, de revenir en arrière ou d'avancer. Le contenu audiovisuel est soit enregistré provisoirement sur l'appareil des consommateurs (streaming à la demande à proprement parler, ou *true-on-demand*), soit téléchargé petit à petit jusqu'à être enregistré intégralement sur l'appareil (téléchargement progressif, ou *progressive download*). L'enregistrement est soit temporaire, soit permanent. Dans le cas du streaming en direct, le contenu audiovisuel est diffusé simultanément à un nombre indéterminé de consommateurs. Ceux-ci ne peuvent ni choisir le moment de la diffusion, ni revenir en arrière ou avancer dans le contenu¹⁰. Les offres se présentent sous des formes très variées : les services de contenu en ligne peuvent rendre accessibles des films ou des séries dans le cadre d'un abonnement ou sur demande (en tant que vidéo à la demande, ou *VoD*), ou proposer la télévision en ligne – soit gratuitement, soit sur paiement. Selon les circonstances, les contenus sont loués pour une période déterminée ou téléchargés pour une durée illimitée. Il existe des offres avec fonction de revisualisation pendant sept jours (télévision de rattrapage, ou *catch-up TV*), et bien d'autres formats encore. Les différents contenus sont accessibles soit via une télévision connectée à Internet, soit via des appareils mobiles comme des ordinateurs portables, des tablettes ou des smartphones.

5 Qu'est-ce que le blocage géographique ?

Le blocage géographique est un procédé technique qui restreint à l'échelle régionale l'accès à des contenus en ligne. Exemple : à la maison, une personne regarde régulièrement sa série préférée par le biais d'un service de contenu en ligne, et ne veut pas y renoncer pendant ses vacances à l'étranger. Elle ouvre donc son service de contenus en ligne à l'étranger : malheureusement, la série n'est pas disponible dans le pays dans lequel elle séjourne.

Le blocage géographique est une sorte de « gardien » qui détermine, lors de demandes en ligne, si l'accès aux contenus doit être autorisé ou non¹¹. Il sait, grâce à l'*internet protocol address* (adresse IP), depuis quel pays l'utilisateur effectue sa demande. L'adresse IP est, en termes simplifiés, un numéro attribué à chaque ordinateur lors de la connexion à Internet : elle diffère selon le lieu de séjour. Des bases de données dites « GeoIP » permettent, au moyen de l'adresse IP, d'identifier le pays où séjourne l'utilisateur. Un fournisseur peut alors, par le

Netflix Corporate Escalations, Sky Switzerland SA, Sunrise Communications AG, Swisscom Schweiz AG, UPC Schweiz GmbH, Wilmaa, Zattoo). L'OMET n'a en revanche reçu aucune réponse du service Amazon Video Limited. Il a également échangé avec la SRG SSR (Société suisse de radiodiffusion et télévision).

⁸ Transmission continue de données sur un réseau.

⁹ P. ex. pour l'Allemagne : Beisch, Natalie / Koch, Wolfgang / Schäfer, Carmen (2019): ARD/ZDF-Onlinestudie 2019 : Mediale Internetnutzung und Video-on-Demand gewinnen weiter an Bedeutung. In : Media Perspektiven 9/2019, p. 378.

¹⁰ Schulte zu Sundern, Friederike (2020) : Onlineangebot von Sendeunternehmen. 1^{re} éd. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 254 à 256.

¹¹ Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz e.V. (éd.) (2017) : Geoblocking – Digitale Inhalte grenzüberschreitend nutzen? Eine Untersuchung der Verbraucherzentralen – Mai 2017. Mainz, p. 11. Peut être consulté à l'adresse : <https://www.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/marktwaechter-untersuchung-geoblocking-portabilitaet.pdf> (état au 11.5.2020).

biais du blocage géographique, décider à partir de quels pays (soit pour quelles adresses IP) les contenus peuvent être accessibles. Dès lors qu'une personne avec une adresse IP « invalide » lance une demande, le « gardien » entre en jeu et bloque l'accès au contenu.

6 Le blocage géographique touche-t-il les consommateurs suisses ?

L'OMET a testé la portabilité des contenus audiovisuels en France et en Allemagne en se fondant sur une sélection de services de contenu en ligne. À cet effet, il a, d'une part, souscrit des abonnements d'essai auprès de divers services payants et, d'autre part, utilisé certains services gratuits. La connexion à l'application ou au site Internet des différents services de contenu en ligne a été réalisée à l'étranger et l'accès a eu lieu via une connexion Internet étrangère.

L'OMET a constaté que les services de contenu en ligne géraient de différentes manières l'accessibilité de leur offre en ligne :

- Un utilisateur souhaitant suivre un programme télévisé en direct via un service de contenu en ligne est bien souvent déçu. La requête est bloquée, et il n'est pas possible de visionner l'émission souhaitée en direct. Certains services de contenu en ligne permettent toutefois aux utilisateurs de regarder soit l'intégralité du programme télévisé, soit certains contenus en différé. En l'état actuel des choses, il est possible de visionner les contenus enregistrés ou téléchargés aussi à l'étranger.
- Les services de contenu en ligne spécialisés dans le streaming de vidéos à la demande (films ou séries) ne sont pas toujours disponibles à l'étranger. Si certains de ces services sont accessibles, ils proposent souvent une offre qui diffère de celle disponible en Suisse : cette dernière est en principe adaptée au pays de séjour. Le consommateur ne peut pas accéder à son programme habituel, mais il lui est possible de bénéficier de l'offre étrangère proposée par le service de contenus auquel il est abonné. De nombreux contenus téléchargés en Suisse sont en outre également disponibles en mode hors ligne à l'étranger. Parfois, l'accessibilité de contenus téléchargés est cependant entravée dès lors qu'une connexion est établie depuis l'étranger.

Les services de contenu en ligne tentent, de différentes façons, de rendre leur offre accessible aux consommateurs aussi à l'étranger. De manière générale, il convient toutefois de noter que la portabilité des contenus en ligne n'est pas pleinement garantie. Le manque de portabilité est particulièrement frappant en ce qui concerne les programmes en direct diffusés à la télévision à accès libre (*free TV*), y compris les diffuseurs de service public. La plupart du temps, ces contenus ne sont disponibles qu'en différé. Le blocage géographique affecte donc en particulier les consommateurs qui souhaitent visionner des contenus spécifiques à un moment précis.

L'Observatoire a reçu les retours suivants de la part des organisations de protection des consommateurs :

- *Fondation pour la protection des consommateurs (SKS)*
La SKS juge la question de la portabilité et du blocage géographique intéressante et pertinente. Elle a souligné que peu de critiques lui avaient été adressées à cet égard et suppose donc que de nombreux consommateurs répriment leur colère et que la jeune génération est plus encline à solliciter des conseils sur des forums qu'à se plaindre auprès d'eux.
- *Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana (ACSI)*
Si l'ACSI n'a enregistré aucune annonce à ce sujet, elle considère elle aussi cette problématique intéressante.
- *Fédération romande des consommateurs (FRC)*
La FRC considère le blocage géographique, qui empêche les consommateurs d'accéder aux services auxquels ils sont abonnés, comme injustifié. On lui a surtout signifié que les consommateurs ne pouvaient parfois pas visionner à l'étranger les films téléchargés au préalable dans leur pays de résidence, ce qu'elle juge incompréhensible. Certains contourneraient toutefois le problème en recourant à des réseaux privés virtuels (VPN pour *Virtual Private Networks*)¹².

Toutes les organisations de protection des consommateurs susmentionnées seraient favorables à la mise en œuvre, par la Suisse, de mesures contre le blocage géographique.

¹² Pour davantage d'informations à ce sujet, voir le point 10.2.2 ci-après.

7 Blocage géographique : contexte

Aujourd'hui, les consommateurs peuvent se demander pourquoi les contenus audiovisuels en ligne ne sont pas accessibles en tout temps et en tout lieu. Cette restriction s'explique notamment par la complexité des systèmes d'octroi de licences ainsi que des modèles de financement et de commercialisation des différents contenus.

7.1 Cadre juridique

Il existe des droits d'auteur et des droits voisins sur les œuvres audiovisuelles (p. ex. les films). Les émissions, parmi lesquelles figurent notamment les retransmissions d'événements sportifs, sont également protégées par des droits voisins. Les titulaires de droit peuvent déterminer dans quelle mesure leurs œuvres et autres prestations protégées peuvent être exploitées. Ils ont par exemple la possibilité de décider d'autoriser l'utilisation de leurs œuvres audiovisuelles (octroi de licences). Ce principe est également valable pour les entreprises à qui un mandat de service public a été assigné. En effet, la SSR détient parfois elle-même les droits ou elle se les fait céder sous licence sur la base d'un ensemble d'accords individuels avec les titulaires de droits, des tarifs ou des contrats conclus avec les sociétés de gestion. Dans l'exercice des droits, la Société suisse de radiodiffusion et télévision est également tenue de respecter ses obligations contractuelles (p. ex. des restrictions territoriales) et les prescriptions de droit d'auteur.

Le droit d'auteur est caractérisé par le principe de territorialité, en vertu duquel un État est responsable de légiférer et d'appliquer la loi sur son territoire uniquement. Cela signifie aussi que chaque État applique son propre régime juridique en matière de droit d'auteur. Par conséquent, les titulaires de droits ne possèdent pas de droit d'auteur ou de droit voisin applicable au niveau international, mais disposent plutôt d'un ensemble de droits d'auteur et de droits voisins parallèles, propres à chaque pays. La portabilité des contenus en ligne constitue toutefois une question transfrontalière, qui implique généralement plusieurs régimes juridiques.

Exemple : des titulaires de droits français octroient une licence à un service suisse de contenu en ligne pour leur nouvelle série. Un client suisse de ce service se rend une semaine en vacances en Italie et souhaite continuer à regarder cette série sur place.

Les droits dont jouissent les titulaires de droits dans un tel cas, tout comme les prétentions qu'ils peuvent faire valoir en cas de violation de ces droits, dépendent du régime juridique national auquel ils sont soumis. Dans ce contexte, le principe *lex loci protectionis* s'applique. En vertu de celui-ci, c'est la législation de l'État dans lequel le titulaire de droits sollicite la protection de ses droits qui s'applique¹³. En théorie, il est possible, via Internet, d'accéder aux contenus audiovisuels dans le monde entier; les titulaires de droits peuvent ainsi tenter de revendiquer une protection par le droit d'auteur dans n'importe quel pays. Cependant, ils ne bénéficieront d'une protection effective que dans les pays concernés par un acte concret et qui leur garantissent par ailleurs les droits d'auteur correspondants. S'agissant des cas en lien avec Internet, les pays dans lesquels l'acte relevant du droit d'auteur a lieu sont donc déterminants. Dans le cadre d'une retransmission sur Internet, on est en présence d'un acte pertinent aussi bien dans le pays dans lequel l'œuvre protégée est mise en ligne que dans tous les pays dans lesquels l'œuvre est accessible¹⁴. Les consommateurs suisses accédant régulièrement à des contenus à l'étranger dans le contexte de la portabilité, les titulaires de droits cherchent donc généralement à faire valoir leurs droits à l'étranger. En conséquence, les différents actes ne seront en général pas jugés selon le droit suisse; au contraire, le droit européen ou la législation nationale des États membres concernés s'appliquent en premier lieu dans un tel cas. Ces régimes juridiques déterminent donc les droits concrets que les titulaires de droits peuvent faire valoir et, partant, pour lesquels ils peuvent également octroyer des licences. Une analyse distincte des questions soulevées pour chaque État membre de l'UE dépasserait le cadre de cette étude. Pour l'examen du cadre juridique, l'OMET s'appuie ainsi sur les actes juridiques « supérieurs » de l'UE. Les actes juridiques tels que les règlements ou les directives s'appliquent dans tous les États membres : si les règlements sont directement applicables aux différents États, les directives doivent quant à elle être transposées dans le droit national dans un délai déterminé.

¹³ Voir notamment l'art. 110, al. 1, de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), RS 291.

¹⁴ Schulte zu Sundern, Friederike (2020) : Onlineangebot von Sendeunternehmen. 1^{re} éd. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, p. 309.

Dans le cas d'espèce, les droits dont jouissent les titulaires au niveau européen sont déterminés par la directive 2001/29/CE (directive EUCD)¹⁵. En vertu de celle-ci, les titulaires disposent, entre autres, du droit de reproduction (art. 2) ainsi que des droits de communication au public et de mise à la disposition du public (art. 3).

Une reproduction peut être réalisée non seulement sous forme analogique, mais aussi numérique. Dans le cas du streaming, le droit de reproduction est concerné à plus d'un titre : en général, le service de contenu en ligne enregistre une copie numérique de l'œuvre audiovisuelle sur son serveur en vue de la proposer aux consommateurs. Une telle copie relève du droit d'auteur et requiert l'autorisation du titulaire de droits (art. 2).

Si l'œuvre est ensuite consultée, certaines de ses parties sont en général enregistrées (et donc reproduites) – au moins provisoirement – sur l'appareil du consommateur. Au sens de l'art. 5, al. 1, EUCD, ces reproductions sont considérées comme provisoires lorsqu'elles constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, sont de nature purement transitoire et n'ont pas de signification économique indépendante. En règle générale, elles permettent la transmission efficace d'une œuvre entre les services de contenu en ligne et les consommateurs¹⁶. De telles reproductions ne nécessitent pas l'accord des titulaires de droits.

Les reproductions peuvent toutefois aussi être de nature durable. Selon la configuration technique de l'offre de streaming, une copie de l'œuvre audiovisuelle est enregistrée à plus long terme sur le disque dur ou la mémoire de travail de l'appareil. De telles reproductions sont soumises à l'accord des titulaires de droits, à moins qu'elles ne tombent sous le coup d'une restriction du droit d'auteur. En effet, si les copies sont destinées à l'usage privé des consommateurs, il se peut que la restriction en faveur de l'usage à des fins privées entre en ligne de compte (art. 5, al. 2, let. b, directive EUCD). En fonction de l'aménagement spécifique à chaque pays de la restriction pour l'usage à des fins privées, il n'est peut-être pas nécessaire d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits pour la confection d'une telle copie. L'autorisation et les éventuelles redevances découleraient de la législation nationale respective. Toutefois, si la loi ne prévoit pas de restriction correspondante ou de mesure comparable, les reproductions nécessitent l'accord des titulaires de droits.

Les droits de communication au public et de mise à la disposition du public sont affectés dès lors que les services de contenu en ligne accordent aux consommateurs un accès à des contenus protégés; c'est notamment le cas du streaming en direct et du streaming à la demande. La directive EUCD ne donne pas d'indications détaillées permettant de déterminer dans quelles conditions il y a une communication au public. De ce fait, la CJUE a dû examiner cette question à plusieurs reprises¹⁷.

Selon la jurisprudence constante de la plus haute instance judiciaire européenne, deux conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'il y ait une communication au public : premièrement, les œuvres protégées doivent être communiquées et, deuxièmement, elles doivent être communiquées à un public¹⁸. Le premier critère doit être compris au sens large : il est déjà rempli « [...] lorsque l'œuvre est mise à la disposition du public de sorte que les personnes qui composent celui-ci puissent y avoir accès », qu'ils décident de recourir ou non à cette possibilité¹⁹. Tant dans le cas du streaming à la demande que du streaming en direct, les services de contenu en ligne donnent aux consommateurs accès à une œuvre, ce qui constitue un acte de communication. S'agissant du deuxième critère, la CJUE a statué que la notion de public « [...] vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important »²⁰. Selon l'OMET, la diffusion d'œuvres par le biais de services de contenu en ligne satisfait en principe à ce critère. Dans sa jurisprudence, la CJUE a établi de nouveaux critères relatifs à la communication au public, tels que la question du mode technique utilisé, du caractère lucratif ou du public nouveau – critères qu'elle applique toutefois avec souplesse et en fonction du cas d'espèce. Le critère du public nouveau revêt une importance particulière dans le contexte du blocage géographique. Ainsi, toute communication adressée à un public nouveau, c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires de droits lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public, constitue une communication au public (soumise à l'autorisation du titulaire des droits)²¹. Même si des services de contenu en ligne possèdent une licence autorisant la communication au public suisse, toute communication à un public plus large nécessiterait une nouvelle autorisation. Si l'examen de tous les critères

¹⁵ 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, JO L 167 du 22.6.2001, p. 10.

¹⁶ Directive EUCD, consid. 33, pp. 12 à 13. Voir aussi l'arrêt C-360/13 de la CJUE du 5.6.2014.

¹⁷ Voir notamment l'arrêt C-527/15 de la CJUE du 26.4.2017 ainsi que l'arrêt C-160/15 de la CJUE du 8.9.2016 et la jurisprudence qui y figure.

¹⁸ Cf. arrêt C-607/11 de la CJUE du 7.3.2013, nm 21 et 31.

¹⁹ Cf. arrêt C-306/05 de la CJUE du 7.12.2006, nm 43.

²⁰ Cf. arrêt C-607/11 de la CJUE du 7.3.2013, nm 32.

²¹ Voir notamment l'arrêt C-306/05 de la CJUE du 7.12.2006, l'arrêt C-607/11 de la CJUE du 7.3.2013 et l'arrêt C-466/12 de la CJUE du 13.2.2014.

conclut qu'il y a une (nouvelle) communication au public, les services de contenu en ligne portent alors atteinte aux droits des titulaires en proposant leur offre. La CJUE a cependant constamment souligné que la notion de « communication au public » impliquait une appréciation individualisée²². Il convient donc d'évaluer au cas par cas s'il y a une communication au public et si le service de contenu en ligne est tenu d'obtenir une licence auprès des titulaires de droits²³. Il est essentiel que les États membres de l'UE respectent les critères d'évaluation élaborés par la CJUE, afin qu'il existe une compréhension commune de la notion de « communication au public » dans toute l'Europe²⁴.

Certains droits des titulaires de droits étant affectés par les différentes offres de streaming déjà au niveau européen, les services de contenu en ligne doivent donc obtenir une licence auprès des titulaires s'ils souhaitent mettre des contenus protégés à la disposition des consommateurs. En raison de la validité nationale du droit d'auteur et des considérations fondées sur le principe de la *lex loci protectionis*, les services de contenu en ligne ont besoin d'une licence²⁵ pour tous les pays dans lesquels ils fournissent des contenus audiovisuels ou accomplissent un acte relevant du droit d'auteur.

Nous pouvons en conclure que la nécessité de demander des licences au titre du droit d'auteur ainsi que le principe de territorialité favorisent une division du marché des licences entre les pays et sont donc des facteurs déterminants du blocage géographique. Le droit d'auteur ne constitue toutefois qu'un élément parmi d'autres : il n'existe en effet pas d'interdiction d'octroyer des licences de droits d'auteur et de droits voisins à plusieurs preneurs de licence en même temps dans plusieurs pays ou même à l'échelle européenne. Les titulaires de droits pourraient ainsi rendre leurs contenus accessibles à tous les services de contenu en ligne intéressés et leur céder des licences pour l'ensemble des pays concernés. Il n'existe pas non plus de motif lié au droit d'auteur qui empêche les services de contenu en ligne d'obtenir des licences paneuropéennes. Les consommateurs pourraient ainsi utiliser leur service (pour lequel ils ont souscrit un abonnement) aisément et sans aucune restriction dans toute l'Europe; le blocage géographique serait donc superflu. Le chapitre suivant illustre pourquoi la pratique est aujourd'hui différente.

7.2 Le blocage géographique du point de vue des titulaires de droits

En vertu du droit d'auteur et des droits voisins, les titulaires de droits peuvent déterminer à qui ils accordent quels droits pour l'utilisation de leurs œuvres et prestations, ainsi que la forme que prendra l'exploitation. Les différentes particularités structurelles et les réflexions qui en découlent pour les titulaires de droits conduisent à la mise en œuvre de stratégies complexes pour l'exploitation des productions audiovisuelles.

Premièrement, les productions de films engendrent des frais fixes considérables. En 2016 déjà, le budget moyen d'un film européen s'élevait à près de 3,17 millions d'euros²⁶. La situation est similaire pour les productions américaines, même si certaines d'entre elles ont des coûts de production nettement plus élevés. Selon le genre de film, la production d'un long métrage américain coûte en moyenne entre 10 et 70 millions de dollars, sans compter les frais de marketing²⁷. Afin d'amortir les frais de production, il est donc essentiel d'exploiter le film à son plein potentiel. À cette fin, des modèles d'exploitation spécifiques se sont établis sur plusieurs décennies dans le domaine de l'audiovisuel²⁸. En règle générale, un film est tout d'abord projeté en salle; il devient ensuite disponible en DVD, en Blu-ray ou en streaming (vidéo à la demande), avant d'être diffusé à la télévision (télévision payante et télévision à accès libre). Cette cascade d'exploitation peut être échelonnée dans le temps, dans l'espace et par langues²⁹. Il se peut ainsi qu'un film soit déjà disponible en DVD en France, alors

²² Voir p. ex. à ce sujet l'arrêt C-527/15 de la CJUE du 26.4.2017, nm 28.

²³ Pour davantage d'informations à ce sujet, voir le point 9.1 ci-après.

²⁴ Schulte zu Sundern, Friederike (2020) : Onlineangebot von Sendeunternehmen. 1^{re} éd. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, p. 147.

²⁵ Pour les procédures simplifiées au niveau européen, voir le ch. 8.1 ci-après.

²⁶ European Audiovisual Observatory (éd.) (2018) : Fiction film financing in Europe : A sample analysis of films released in 2016. Strasbourg, p. 35. Peut être consulté à l'adresse : <https://rm.coe.int/fiction-film-financing-in-europe-2018/1680902fd9> (état au 14.5.2020) (en anglais uniquement).

²⁷ Wirz, Anna-Lena (2019) : Media-Streaming und Geoblocking. Eine urheberrechtliche Analyse der Werkverwertung durch On-Demand-Dienste. 1^{re} éd., Wiesbaden : Springer Fachmedien, p. 107; <https://stephenfollows.com/> > Research > How much does the average movie cost to make ? (état au 17.9.2020).

²⁸ Schwarz, Mathias (2011) : Die Praxis der segmentierten Rechtevergabe im Bereich Film. In : ZUM 10/2011, p. 700.

²⁹ Schwarz, Mathias (2011) : Die Praxis der segmentierten Rechtevergabe im Bereich Film. In : ZUM 10/2011, p. 700.

qu'il vient de sortir dans les salles de cinéma suisses. En règle générale, un film devient rentable – s'il le devient – seulement après la phase d'exploitation dans les salles obscures³⁰. Il est donc important, du point de vue des titulaires de droits, que les différents « niveaux » de diffusion, en particulier l'exploitation en salle, ne soient pas compromis³¹.

Deuxièmement, tous les studios ne sont pas en mesure de supporter seuls les coûts de production élevés. Souvent, plusieurs producteurs s'associent en vue de réaliser une coproduction. Dans ce cadre, ils se répartissent régulièrement les droits découlant de l'œuvre cinématographique en question. La répartition s'effectue généralement par pays et proportionnellement à la participation de chaque producteur au budget; les producteurs accordent ensuite une licence aux distributeurs nationaux de « leur » pays³².

Troisièmement, il est important de déterminer le potentiel qu'un film est susceptible de développer. La première projection d'une production européenne est généralement réalisée par le distributeur national dans le pays du producteur (pays d'origine). La sortie du film est ensuite organisée par des distributeurs locaux dans les autres pays européens. Un lancement (simultané) du film dans leur pays – sans connaître le potentiel de celui-ci dans son pays d'origine – représente un risque économique considérable pour les distributeurs locaux. Par conséquent, les droits cinématographiques, ou du moins les droits de télévision et de vidéo à la demande ne sont souvent attribués aux autres pays européens que si le film a été un succès dans son pays d'origine³³.

Quatrièmement, les critères nationaux, tels que la nécessité de réaliser des sous-titres ou un doublage du film, par exemple, revêtent également une certaine importance. De plus, les dispositions nationales d'aide à la production cinématographique peuvent, selon les circonstances, entraîner des retards dans la sortie en salle dans différents pays³⁴.

Eu égard à ces différents facteurs, les titulaires de droits font leur possible pour qu'une production atteigne (dans tous les pays) son plein potentiel (économique). Si un film distribué en France par le biais d'un service de vidéo à la demande était parallèlement accessible aux consommateurs suisses, la majorité des gens renonceraient probablement à se rendre dans les cinémas locaux. Il est en conséquence primordial que le film mis à disposition dans les salles par le distributeur de films suisse ne soit pas déjà accessible au public d'une quelconque autre manière. Dans le cas contraire, la cascade d'exploitation s'effondre, et le film ne pourra très probablement pas atteindre son plein potentiel en Suisse. Le législateur suisse est conscient de l'importance de la cascade d'exploitation et protège par exemple à l'art. 12, al. 1^{bis}, LDA l'exploitation cinématographique.

Afin d'éviter que les différents preneurs de licences entrent « en conflit », la possibilité d'octroyer des licences exclusives peut s'avérer pertinente – que ce soit pour des types d'exploitation individuels, des paquets de droits ou des territoires spécifiques³⁵. Les titulaires de droits invoquent ainsi leur liberté contractuelle et tentent de maintenir les structures d'exploitation existantes au moyen du blocage géographique³⁶.

L'exploitation des productions peut être différente si l'accent est mis principalement sur le secteur en ligne et si les titulaires de droits sont également des exploitants de services de contenu en ligne. Dans ces cas, les titulaires de droits se chargent généralement eux-mêmes de l'exploitation en ligne (il suffit de penser aux productions originales des services de contenu en ligne tels qu'Amazon Originals ou Netflix Originals). Un grand

³⁰ Rapport final AGUR12 du 28.11.2013, p. 12. Peut être consulté à l'adresse : https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/recht/national/f/urheberrecht/Rapport_final_AGUR12_du_28_novembre_2013_F.pdf (état au 14.5.2020).

³¹ Voir aussi Ohly, Ansgar (2015) : Geoblocking zwischen Wirtschafts-, Kultur-, Verbraucher- und Europapolitik. In : ZUM 12/2015, p. 945 (en allemand uniquement).

³² Prise de position de l'Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V. – (numéro d'identification dans le registre : 54716776916-18) au sujet du livre vert de la Commission européenne sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles (COM (2011) 427/3) Peut être consulté à l'adresse : https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2018/11/Stellungnahme_der_Allianz_Deutscher_Produzenten_zum_Gruenbuch_ueber_den_Online-vertrieb_audiovisueller_Werke_18112011-1.pdf (état au 14.5.2020 ; en allemand uniquement).

³³ Schwarz, Mathias (2011) : Die Praxis der segmentierten Rechtevergabe im Bereich Film. In : ZUM 10/2011, p. 701.

³⁴ Schwarz, Mathias (2011) : Die Praxis der segmentierten Rechtevergabe im Bereich Film. In : ZUM 10/2011, pp. 700 à 701.

³⁵ Prise de position de l'Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V. – (numéro d'identification dans le registre : 54716776916-18) au sujet du livre vert de la Commission européenne sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles (COM (2011) 427/3) Peut être consulté à l'adresse : https://www.produzentenallianz.de/wp-content/uploads/2018/11/Stellungnahme_der_Allianz_Deutscher_Produzenten_zum_Gruenbuch_ueber_den_Online-vertrieb_audiovisueller_Werke_18112011-1.pdf (état au 14.5.2020).

³⁶ Verbraucherzentrale Rheinland-Pfalz e.V. (éd.) (2017) : Geoblocking – Digitale Inhalte grenzüberschreitend nutzen. Eine Untersuchung der Verbraucherzentralen – Mai 2017. Mainz, p. 14. Peut être consulté à l'adresse : <https://www.marktwaechter.de/sites/default/files/downloads/marktwaechter-untersuchung-geoblocking-portabilitaet.pdf> (état au 11.5.2020 ; en allemand uniquement).

nombre de personnes impliquées dans ces productions pourraient faire valoir des droits (réalisateurs, scénaristes, etc.). La production originale se caractérise cependant par le fait que les personnes qui y sont associées cèdent fréquemment leurs droits sous licence à la société de production. Il est donc courant que les productions originales des services de contenu en ligne soient accessibles dans la plupart des pays où ils opèrent. Les consommateurs ne sont alors souvent pas concernés par le géoblocage. Mais ce dernier peut néanmoins jouer un rôle même dans le cadre de productions originales. C'est le cas, par exemple, lorsque les services de contenu en ligne accordent à des tiers des droits de streaming dans des pays spécifiques. Il arrive aussi parfois qu'un service de contenu en ligne n'opère que peu à peu dans certains pays. Les anciennes productions originales ne sont alors souvent disponibles que dans les pays où les titulaires de droits exploitaient leur service de contenu en ligne au moment de l'acquisition des droits.

Si les employés de la SSR créent des œuvres ou des prestations dans l'exercice de leur activité au service de la Société suisse de radiodiffusion et télévision, celle-ci se fait généralement céder les droits pour une utilisation à l'échelle planétaire. Si des œuvres ou des prestations sont produits sur commande de la SSR, celle-ci se fait également céder, si possible, tous les droits pour une utilisation mondiale. De telles œuvres de service ou de commande peuvent comporter des contenus de tiers pour lesquels la SSR n'acquiert les droits que pour la Suisse, puisque les titulaires de droits correspondants accordent des licences territoriales. L'octroi de licences territoriales, c'est-à-dire limitées à un pays, n'est pas spécifique au cinéma. Dans le domaine du sport aussi, par exemple, l'octroi de licences par les associations sportives nationales et internationales pour la retransmission de matchs est territorial. Souvent, des bouquets de licences nationales ou internationales sont accordés. Les droits sportifs se caractérisent par leur courte durée d'exploitation (p. ex. dans le cas des retransmissions en direct). En règle générale, un match de football qui a eu lieu la veille n'intéresse plus les téléspectateurs. Les droits sportifs étant en outre aux mains de quelques grandes associations sportives, ils constituent une denrée relativement rare. Afin qu'ici aussi, le plein potentiel puisse être exploité, chaque preneur de licence potentiel veut acquérir les droits qui l'intéressent avec le moins de concurrence possible. L'exclusivité (temporelle ou géographique) joue par conséquent un rôle central dans les contrats portant sur des droits sportifs. Du point de vue des associations sportives et des organisateurs, l'attribution exclusive de droits sportifs entraîne une raréfaction de l'offre – et donc, en principe, une augmentation des prix et une hausse des bénéfices. Au final, selon les circonstances, seul l'un des nombreux preneurs de licence potentiels obtiendra les droits de diffusion nationaux pour un événement sportif donné. Afin de garantir l'exclusivité territoriale, tous les preneurs de licences doivent accepter d'empêcher que leur retransmission puisse être captée et visionnée hors du territoire; dans les autres pays, les détenteurs de licences s'attendent généralement eux aussi pouvoir exploiter le contenu sur une base exclusive³⁷. Même les événements sportifs nationaux qui présentent en premier lieu un intérêt pour le pays en question sont soumis à ces mécanismes. Par exemple, de nombreuses associations sportives suisses octroient également des bouquets de licences nationales ou internationales sur leurs manifestations sportives. Quiconque souhaite diffuser les retransmissions en direct en dehors de la Suisse est donc tributaire du bouquet de licences internationales. Cela s'applique également aux entreprises ayant un mandat de service public comme la SSR. Cette dernière conclut des contrats avec les organisations sportives nationales (ou internationales) pour la production et l'exploitation de retransmissions d'événements sportifs et acquiert en règle générale les droits pour la Suisse (voir ci-dessous). Pour les contenus en ligne tout comme pour le cinéma, le respect des bouquets de licences acquis s'effectue au moyen du blocage géographique.

7.3 Le blocage géographique du point de vue des services de contenu en ligne

L'octroi de licences propres à chaque pays peut aussi s'avérer avantageux pour les services de contenu en ligne. Grâce à ce système, ils ont le choix de n'exercer leur activité que sur certains marchés ou, du moins, de n'acheter certains contenus que pour des marchés spécifiques. Les services de contenu en ligne ont indiqué à l'OMET que l'acquisition de licences internationales entraînerait des frais supplémentaires considérables, qu'ils pourraient ne pas être en mesure de supporter. Ils avancent par ailleurs que leurs contenus ne présentent pas le même intérêt pour les consommateurs dans les différents pays. Lorsque les services de contenu en ligne détiennent également les droits sur les œuvres, ils mettent souvent ces productions originales à disposition, dans la mesure du possible, dans tous les pays où ils opèrent. Les contenus sont dès lors portables.

Dans le domaine du sport, par exemple, les licences exclusives sont susceptibles de créer un avantage concurrentiel : l'exclusivité territoriale permet ainsi aux fournisseurs d'événements sportifs de se différencier de leurs concurrents. Grâce à la vente de blocs publicitaires – et éventuellement à la hausse de la part d'audience –, ils

³⁷ Observatoire européen de l'audiovisuel (édit.) (2016) : Les droits sportifs à la télévision et en VoD – entre exclusivité et droit à l'information. Strasbourg, p. 25. Peut être consulté à l'adresse : <https://rm.coe.int/iris-plus-2016-2-sport-rights-de/168078835c> (état au 14.5.2020).

peuvent récupérer les investissements consentis³⁸. Un service de contenu en ligne examinera l'opportunité d'acquérir des bouquets de licences nationales ou internationales. L'achat d'un bouquet de licences internationales ne sera pas toujours possible. En effet, le marché du sport aussi fonctionne selon le principe de l'octroi de licences territoriales. En règle générale, il est de l'intérêt des ligues et des organisateurs suisses que les droits soient exploités séparément à l'étranger. À cette fin, ils délivrent, contre perception d'une redevance, leurs propres licences internationales qui impliquent des obligations d'exploitation à l'étranger. C'est pourquoi une entreprise telle que la SSR à qui un mandat de service public a été assigné n'est souvent pas en mesure de faire une telle acquisition. La SSR achète dès lors généralement le bouquet de licences nationales pour la Suisse.

Si les services de contenu en ligne obtiennent des licences limitées à certaines régions pour les contenus qu'ils proposent, ils doivent s'assurer de ne rendre ces contenus accessibles au public que dans les territoires pour lesquels ils ont obtenu une licence, sans quoi ils contreviennent selon les cas au droit d'auteur ou aux contrats de licence³⁹. Ils peuvent éviter cela au moyen du blocage géographique. Comme mentionné précédemment, ce dernier permet d'exclure les personnes issues d'une zone géographique spécifique de l'accès à certains contenus.

7.4 Conclusion

La validité territoriale du droit d'auteur peut certes constituer un motif pour la fragmentation du marché et, par conséquent, pour le blocage géographique dans le domaine de l'audiovisuel; dans la pratique toutefois, il est probable que d'autres raisons jouent un plus grand rôle.

Les considérations financières semblent notamment importantes : s'agissant de certaines productions filmiques, par exemple, la pratique qui consiste à prévoir une cascade d'exploitation (des salles obscures à la télévision) aussi longue que possible pour amortir la production. Dès que l'exploitation est aménagée différemment (p. ex. principalement en ligne via des canaux propres), le blocage géographique perd en importance. Lorsque les services de contenu en ligne exploitent leurs propres productions par l'intermédiaire de leurs services, il est fréquent qu'ils les rendent accessibles, dans la mesure du possible, dans tous les pays où ils opèrent. Ces productions sont donc souvent (mais pas toujours) accessibles au-delà des frontières.

Le géoblocage peut également être utilisé dans certains cas pour permettre aux détenteurs de licences d'exercer, hors concurrence, les droits acquis dans leurs pays respectifs et d'amortir ainsi les dépenses consenties.

Dans le domaine du sport, la fenêtre d'exploitation est plus courte que dans l'industrie cinématographique, car ce sont surtout les retransmissions d'événements sportifs en direct qui présentent généralement un intérêt : ainsi, tant les titulaires de droits que les services de contenu en ligne doivent exploiter le contenu en question dans un court laps de temps. Dans ce cas de figure, l'exploitation territoriale (à l'instar des associations sportives internationales) s'est également imposée parmi les associations sportives suisses. Il est par conséquent nécessaire de disposer de licences appropriées pour diffuser des manifestations sportives nationales à l'étranger.

Aux yeux des services de contenu en ligne, les considérations relatives aux coûts des licences et à l'audience cible sont déterminantes lors de l'achat de licences.

Le blocage géographique permet de sécuriser sur Internet les modèles d'exploitation choisis et les intérêts qui y sont associés. Il n'est donc pas une fin en soi en termes de droit d'auteur, mais vise à préserver les intérêts des titulaires de droits ainsi que des services de contenu en ligne.

³⁸ Observatoire européen de l'audiovisuel (édit.) (2016) : Les droits sportifs à la télévision et en VoD – entre exclusivité et droit à l'information. Strasbourg, p. 24. Peut être consulté à l'adresse : <https://rm.coe.int/iris-plus-2016-2-sport-rights-fr/168078835e> (état au 14.5.2020).

³⁹ Pour davantage d'informations à ce sujet, voir le point 7.1 ci-dessus et le point 9 ci-après.

8 Le blocage géographique dans l'UE et en Suisse

8.1 Situation dans l'UE

8.1.1 Contexte et but de la réglementation de l'UE

En 2015, la Commission européenne a présenté sa stratégie pour un marché unique numérique en Europe⁴⁰. Cette stratégie, dont l'élément central est la création d'un marché unique numérique dans lequel la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux est garantie, a pour but de répondre aux évolutions des technologies de l'information et des communications. Les entraves existantes et la fragmentation des marchés sont considérées comme un frein au marché unique numérique⁴¹. La stratégie vise à pallier ce problème et repose sur trois piliers⁴² :

1. Améliorer l'accès en ligne aux biens et services dans toute l'Europe pour les consommateurs et les entreprises.
2. Mettre en place un environnement propice au développement des réseaux et services numériques.
3. Maximiser le potentiel de croissance de l'économie numérique européenne.

Dans la perspective de l'amélioration de l'accès aux contenus numériques, la stratégie aborde, entre autres, le droit d'auteur européen et les questions de portabilité qui en découlent⁴³.

Il y a encore peu, les consommateurs européens étaient confrontés au fait que les contenus en ligne n'étaient pas portables au-delà des frontières de leur pays de résidence, ce qui était en contradiction avec un marché unique numérique totalement fonctionnel tel qu'envisagé par la Commission européenne. Dans le cadre du suivi de la stratégie pour un marché unique numérique en Europe, la Commission a donc répondu aux difficultés que présente la portabilité des contenus en ligne en adoptant divers instruments juridiques. Ces instruments reprennent l'objectif de la stratégie et soulignent l'importance du bon fonctionnement du marché intérieur, en tenant compte des mécanismes de financement et des systèmes d'octroi de licence existants.

8.1.2 Le règlement européen relatif à la portabilité transfrontalière

Le règlement (UE) 2017/1128 (règlement relatif à la portabilité transfrontalière)⁴⁴ est en vigueur dans l'UE⁴⁵ depuis le 1^{er} avril 2018. Le considérant 1 indique que pour le bon fonctionnement du marché intérieur et pour l'application effective des principes de libre circulation des personnes et des services, il importe que les consommateurs disposent d'un accès fluide à travers toute l'UE aux services de contenu en ligne abonnés qui leur sont fournis légalement dans leur État membre de résidence. De ce fait, ils devraient pouvoir utiliser les services de contenu en ligne non seulement dans leur État membre de résidence mais également lorsqu'ils sont présents temporairement dans un autre État membre. Pour illustrer le problème, la Commission européenne cite, entre autres, les exemples suivants⁴⁶ :

- Un Scandinave qui souhaite regarder des films pendant ses vacances en Italie via son abonnement Home Box Office reçoit le message que le service n'est disponible qu'en Suède, en Norvège, au Danemark et en Finlande.

⁴⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 6.5.2015 : Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM(2015), 192 final.

⁴¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 6.5.2015 : Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM(2015) 192 final, p. 3.

⁴² Voir en détail la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 6.5.2015 : Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM(2015), 192 final, p. 4.

⁴³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 6.5.2015 : Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM(2015), 192 final, pp. 7 à 8.

⁴⁴ Règlement (UE) n° 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14.6.2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, JO L 168 du 30.6.2017, p. 1.

⁴⁵ Ou dans l'EEE : <https://www.efta.int/> > EEA-Lex > 32017R1128 (état : 9.6.2020).

⁴⁶ Commission européenne (2017) : fiche d'information : Marché unique numérique – Portabilité des services de contenu en ligne, question 5. Peut être consulté à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/info/index_fr > Coin presse > Marché unique numérique (état : 19.5.2020).

- Un utilisateur français du service MyTF1 ne peut pas louer de nouveaux films s'il est en voyage d'affaires au Royaume-Uni.

Le règlement relatif à la portabilité transfrontalière crée les conditions-cadres permettant de garantir le maintien de la libre circulation des personnes et des services dans ces cas. Pour ce faire, l'art. 4 a recours à une fiction concernant le lieu d'accès aux services de contenus en ligne : « La fourniture d'un service de contenu en ligne au titre du présent règlement à un abonné présent temporairement dans un État membre, ainsi que l'accès à celui-ci et son utilisation par l'abonné, sont réputés avoir lieu uniquement dans l'État membre de résidence de l'abonné. » Lorsque les citoyens de l'UE se rendent temporairement dans un autre État membre, ils emportent leur lieu de résidence et sont traités comme s'ils accédaient de chez eux au service de contenu en ligne auquel ils se sont abonnés. Ce règlement garantit que les services de contenu en ligne ne portent pas atteinte aux droits d'auteur de tiers lorsqu'ils mettent des œuvres à la disposition de leurs abonnés en dehors du territoire pour lequel ils ont obtenu une licence. Les abonnés ne peuvent pas se voir imposer de frais supplémentaires pour l'option d'utilisation élargie. Les titulaires de droits doivent tolérer que les services de contenu en ligne mettent temporairement du contenu à la disposition de leurs clients sur des territoires où ils ne disposent pas d'une licence. Les clauses contractuelles qui interdisent ou limitent la portabilité transfrontalière ne sont pas applicables. Cependant, le règlement ne requiert pas de modifier les modèles de licence existants, tels que le système d'octroi de licence territoriale, ni les mécanismes de financement en place. L'UE explique qu'il convient également de ne pas abaisser le niveau élevé de protection garanti par le droit d'auteur et les droits voisins dans l'Union⁴⁷.

Seuls les fournisseurs de services de contenu en ligne payants sont tenus d'offrir la portabilité transfrontalière au sein du marché intérieur européen. Les services gratuits sont libres de mettre ou non leur offre à la disposition de leurs utilisateurs lorsqu'ils sont présents temporairement dans un autre État membre. Il en va de même pour les organismes de diffusion de droit public (services publics de radiodiffusion). Eux non plus ne rentrent pas automatiquement dans le champ d'application du règlement relatif à la portabilité transfrontalière.

À partir du moment où ils entrent dans le champ d'application du règlement relatif à la portabilité transfrontalière, tous les fournisseurs sont soumis à diverses obligations; ils doivent par exemple s'assurer du pays de résidence de l'abonné afin de garantir que seuls ceux qui proviennent d'un État membre de l'UE ont accès au service par-delà les frontières. Le géoblocage reste en vigueur pour les résidents des autres pays (p. ex. pour les citoyens suisses). Les fournisseurs de services de contenu en ligne peuvent effectuer cette vérification au moyen de différentes informations fournies par l'abonné, par exemple les coordonnées de paiement sur la base du compte bancaire ou de la carte de crédit, les contrats d'abonnement Internet existants ou les contrôles de l'adresse IP. Dans ce faire, ils doivent se conformer aux règles de l'UE en matière de protection des données⁴⁸.

Divers services de contenu en ligne, tels que Maxdome et Apple, ont adapté leurs conditions générales après l'entrée en vigueur du règlement relatif à la portabilité transfrontalière, alors qu'Amazon Prime Video et Netflix, par exemple, fournissent des informations sur la portabilité de leurs services par l'intermédiaire de leur service clientèle ou de leur centre d'aide (état : décembre 2019). Les services de contenu en ligne ont donc réagi au règlement relatif à la portabilité transfrontalière. Selon une enquête menée par le centre de conseil aux consommateurs de Rhénanie-Palatinat en octobre 2018, les services de contenu en ligne ne fonctionnaient cependant pas aussi bien qu'à la maison pour un utilisateur sur deux. Environ un quart des personnes interrogées ont indiqué que leur contenu en streaming n'était pas, ou pas toujours, disponible dans d'autres pays de l'UE, même s'ils avaient téléchargé le contenu dans leur État membre de résidence⁴⁹.

Le règlement sur la portabilité ne s'applique qu'au sein du marché unique européen (EEE). Si un citoyen de l'UE se déplace temporairement en Suisse ou aux États-Unis, il n'aura en règle générale pas accès aux services de contenu en ligne auxquels il est abonné.

⁴⁷ Règlement relatif à la portabilité transfrontalière, consid. 12, p. 3, et consid. 31, p. 7.

⁴⁸ Règlement relatif à la portabilité transfrontalière, consid 26, p. 5.

⁴⁹ Peut être consulté à l'adresse suivante : <https://www.marktwaechter.de> > Pressemeldung > Geoblocking : Weiterhin Probleme beim Streaming im EU-Ausland (état : 20.5.2020).

8.1.3 La directive sur la retransmission de programmes de télévision et de radio

La Directive (UE) 2019/789⁵⁰ (ci-après directive « SatCab ») est en entrée en vigueur le 6 juin 2019 et complète la directive européenne 93/83/CEE⁵¹ (directive sur le câble et le satellite).

Le but de la directive « SatCab » est de promouvoir le bon fonctionnement du marché intérieur européen. À cette fin, elle vise à faciliter l'octroi de licences de droit d'auteur et de droits voisins sur les programmes de télévision et de radio que les organismes de radiodiffusion souhaitent mettre à disposition par le biais de leurs propres services de contenu en ligne⁵². Cela signifie que ces derniers peuvent désormais proposer certains programmes dans tous les pays de l'UE. Les services de retransmission fournis sur Internet sont également couverts, dans des conditions clairement définies.

Il était initialement prévu que la directive introduise le principe du pays d'origine (aussi principe du pays émetteur) dans le domaine des programmes de radio et de télévision. En vertu de celui-ci, les radios et télédiffuseurs auraient dû acquérir les droits nécessaires pour tous leurs contenus en ligne uniquement dans l'État membre où ils sont établis (leur lieu d'établissement principal) et auraient été autorisés à rendre le contenu disponible en ligne dans tous les États membres de l'UE sans autre obtention de droits. La branche du cinéma a opposé une résistance massive à ce projet⁵³. Il fallait donc trouver une solution de compromis qui tienne dûment compte à la fois de la protection de la propriété intellectuelle et des libertés fondamentales dans l'UE.

En conséquence, le champ d'application de la directive « SatCab » a été considérablement limité par rapport au projet initial. En ne couvrant que certains contenus des programmes, la directive tient compte des spécificités du système de financement et d'octroi de licences pour certaines œuvres audiovisuelles. Dans le domaine de la télévision, il ne s'agit que des émissions d'information et d'actualités et des productions internes entièrement financées par les organismes de radiodiffusion⁵⁴. Les retransmissions télévisées d'événements sportifs, par exemple, sont explicitement exclues du champ d'application de la directive⁵⁵.

La directive « SatCab » s'applique au sein du marché unique européen (à l'avenir dans l'ensemble de l'EEE)⁵⁶. Elle n'est cependant pas directement applicable dans les États membres ; ces derniers doivent la transposer dans leur droit avant le 7 juin 2021. Ils sont largement libres de choisir la forme et les moyens de mise en œuvre; c'est pourquoi il peut y avoir des différences de détail à ce niveau entre les États membres. L'appréciation de la mise en œuvre correcte de la réglementation repose toutefois sur des critères de droit communautaire⁵⁷.

8.2 Situation en Suisse

La Suisse ne faisant pas partie du marché unique européen, ni de l'EEE, elle n'est en principe pas soumise au droit européen. Autrement dit, le champ d'application du règlement relatif à la portabilité transfrontalière et de la directive « SatCab » ne s'étend pas à notre pays. La Suisse applique son droit national, y compris les accords internationaux qu'elle a conclus. Elle a signé divers accords sectoriels avec l'UE. Sur la base de ceux-ci, elle s'est engagée à édicter, dans certains domaines, des dispositions équivalentes au droit communautaire ou à reprendre la législation existante de l'UE. La portabilité n'en fait pas partie.

⁵⁰ Directive (UE) 2019/789 du Parlement européen et du Conseil du 17.4. 2019 établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions de programmes de télévision et de radio, et modifiant la directive 93/83/CEE du Conseil, JO L 130 du 17.5.2019, p. 82.

⁵¹ Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27.11.1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, JO L 248 du 6.10.1993, p. 15.

⁵² Directive « SatCab », consid. 1, p. 82.

⁵³ <https://urheber.info> > Aktuelles > Freitag, 29.3.2019 : Europaparlament beschliesst Reform der SatCab-Richtlinie (état : 9.6.2020); <https://spio-fsk.de> > Aktuelles > Archiv > 28.3.2019 : Kein « Buy one, get 27 free »: EU-Parlament sichert Territorialitätsprinzip für die europäische Filmwirtschaft (état au 9.6.2020).

⁵⁴ Directive « SatCab », consid. 10, p. 84.

⁵⁵ Art. 3, al. 1, directive « SatCab ».

⁵⁶ <https://www.efta.int> > EEA-Lex > 32019L0789 (état au 9.6.2020).

⁵⁷ Borchardt, Klaus-Dieter (2006) : Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 3^e éd., Heidelberg 2006, nm. 448, pp. 180 à 181.

8.3 Conclusion

L'UE ne s'est pas fondamentalement opposée aux licences territoriales exclusives, à la territorialité et à la liberté contractuelle. Compte tenu des droits de propriété intellectuelle et des modèles de financement spécifiques au secteur audiovisuel, elle a néanmoins pris des mesures ponctuelles en vue de faciliter ou de permettre la portabilité des contenus en ligne.

Les opérateurs de services de contenu en ligne payants en particulier sont tenus - dans le respect de certaines exigences - de garantir à leurs clients résidant dans l'UE l'accessibilité des contenus acquis de manière licite au sein du marché unique européen.

Pour les organismes de radiodiffusion et les opérateurs de services de retransmission, le principe du pays d'origine a été transposé au secteur en ligne dans une mesure restreinte. Cela permet une accessibilité transfrontalière à certains contenus de programmes en ligne, tels que les émissions d'information. N'en font pas partie les retransmissions télévisées d'événements sportifs.

Il faut retenir que les mesures de l'UE sont spécifiquement axées sur le marché intérieur. Des pays comme la Suisse en sont exclus. Ainsi, l'UE n'offre pas une portabilité globale, que ce soit en termes de contenu ou au plan géographique. Si elle était appliquée à la Suisse, l'approche de l'UE serait à peu près comparable à l'introduction d'une réglementation intercantonale pour sauvegarder le marché unique suisse.

Notre pays n'ayant pris aucune mesure comparable à celles mises en place par l'UE, il est nécessaire d'examiner l'impact de cette situation sur les services de contenu en ligne et sur les consommateurs.

9 Services de contenu en ligne : la situation pour les clients helvétiques

9.1 Accessibilité transfrontalière des contenus en ligne protégés

Lorsque les services de contenu en ligne n'utilisent pas le géoblocage, ils permettent à leurs clients helvétiques d'accéder aussi au contenu fourni en dehors de la Suisse. Comme mentionné ci-dessus, un service de contenu en ligne nécessite en principe une licence pour chaque pays dans lequel il effectue un acte relevant du droit d'auteur⁵⁸. La question se pose de savoir si la directive « SatCab » et le règlement relatif à la portabilité transfrontalière pourraient être pertinents à cet égard.

Pour autant que l'on puisse en juger, la directive « SatCab » s'applique à tous les organismes de radiodiffusion et opérateurs de services de retransmission dont le siège social se trouve dans un État membre de l'UE⁵⁹. Ils ont la possibilité d'accorder l'accès à certains contenus de programmes aux citoyens suisses également tant que cet accès a lieu dans l'UE (p. ex. lors d'un séjour à l'étranger). Les organismes de radiodiffusion et les opérateurs de services de retransmission suisses, par contre, ne peuvent pas se prévaloir de la directive « SatCab ».

Un service de contenu en ligne qui offre aux clients suisses l'accessibilité transfrontalière au sein de l'UE ne peut pas non plus invoquer le règlement relatif à la portabilité transfrontalière. En vertu de l'art. 1 en relation avec l'art. 2, le règlement s'applique uniquement aux abonnés résidant dans un État membre de l'UE.

Il s'ensuit qu'un service de contenu en ligne nécessite généralement une licence des titulaires de droits s'il veut rendre son offre accessible par-delà les frontières. La situation serait appréciée différemment si le service de contenu en ligne prenait soin de ne pas porter atteinte aux droits des titulaires de droits à l'étranger. En ce qui concerne le droit de communication au public, la question de savoir si le service de contenu en ligne met ou non son offre à la disposition d'un public nouveau pourrait s'avérer pertinente. Il est en effet concevable qu'un service de contenu en ligne se soit vu accorder une licence pour la Suisse par les titulaires de droits et soit ainsi autorisé à s'adresser au public résidant en Suisse. Si celui-ci rend son offre accessible à ce public lors de séjours temporaires à l'étranger, il est peu probable qu'il s'adresse à un public nouveau au sens de la jurisprudence de la CJUE. Cela ne constituerait pas une nouvelle communication au public dans l'UE (qui requiert une autorisation). Toutefois, comme la CJUE a souligné qu'il fallait apprécier la communication au public au cas par cas, il n'est pas possible d'évaluer ces constellations de manière générale. Le service de contenu en ligne devrait veiller en outre à ne pas effectuer d'actes de reproduction pour lesquels l'autorisation des titulaires de droits serait requise⁶⁰. Conformément au droit de l'UE il n'aurait ainsi pas besoin de l'accord (renouvelé) des

⁵⁸ Pour davantage d'informations à ce sujet, voir le point 7.1.

⁵⁹ Directive « SatCab », consid. 12, p. 84, art. 3, al. 1.

⁶⁰ Pour davantage d'informations à ce sujet, voir le point 7.

titulaires de droits pour fournir du contenu par-delà les frontières tant qu'aucune communication au public ni aucune reproduction non autorisée étaient réalisées.

9.2 Obligation contractuelle de géoblocage

Selon les retours que les services de contenu en ligne ont fait à l'OMET, l'utilisation du géoblocage fait souvent partie de leurs accords de licence avec les titulaires de droits. Si le géoblocage n'est pas appliqué en dépit d'une obligation contractuelle correspondante, les titulaires de droits peuvent engager des procédures à l'encontre des services de contenu en ligne pour violation de contrat. Les conséquences juridiques sont diverses et dépendent pour beaucoup du cas particulier. Par exemple, cela dépendra du lieu où une plainte devra être déposée et du droit applicable. En dehors des implications juridiques en matière de droit d'auteur, des demandes de dommages et intérêts ou la résiliation de la licence sont envisageables.

Dans ce contexte, la question se pose de savoir si une obligation contractuelle de géoblocage est admissible ou non. Pour y répondre, il convient de tenir compte de considérations relatives au droit d'auteur, mais aussi d'aspects relatifs au droit de la concurrence, qui ne sont pas traités dans le cadre de cette étude. En ce qui concerne le géoblocage utilisé à des fins de protection du droit d'auteur, la doctrine est d'avis qu'il n'est pas contraire au droit en vigueur⁶¹. Cela n'exclut toutefois pas la possibilité que, dans une situation spécifique, il faille renoncer à son utilisation en raison d'exigences légales (p. ex. en application du règlement relatif à la portabilité transfrontalière).

Le non-respect d'une obligation contractuelle de géoblocage peut, en fin de compte, avoir des conséquences négatives pour le service de contenu en ligne, même à long terme. Il est ainsi imaginable, par exemple, que certains titulaires de droits ne concluent pas de contrats avec un service de contenu en ligne s'ils ne sont pas sûrs qu'il respectera leurs conditions de licence.

10 Situation des consommateurs suisses

10.1 Contexte

Les consommateurs suisses sont touchés par le géoblocage puisqu'ils ne peuvent généralement pas accéder à l'intégralité de leurs contenus en ligne lorsqu'ils se trouvent à l'étranger⁶². Ils n'ont d'autre choix que d'accepter le blocage et par conséquent l'offre limitée ou alors de tenter de le contourner. Dans ce second cas, la question se pose de savoir si le contournement entraîne des conséquences juridiques pour eux. D'une part, les titulaires de droits pourraient tenter une action en cas d'atteinte à leurs droits. Étant donné que les consommateurs ne contournent pas le blocage géographique en Suisse mais à l'étranger, l'OMET examine cette situation (au sens du principe *lex loci protectionis*) à la lumière du droit européen. À la connaissance de l'Observatoire, la plus haute instance européenne n'a rendu aucun arrêt sur l'acte de contournement, c'est pourquoi l'évaluation suivante ne revêt qu'un caractère indicatif. D'autre part, en contournant le géoblocage, les consommateurs pourraient enfreindre une obligation contractuelle vis-à-vis des services de contenu en ligne, ce qui est susceptible aussi d'avoir des conséquences. Le droit applicable pour ce type d'évaluation est fonction du cas d'espèce.

10.2 Le blocage géographique comme mesure technique et son contournement

Les technologies actuelles permettent aisément d'utiliser des œuvres et des prestations protégées par le droit d'auteur sans l'autorisation des titulaires de droits. Des films sont téléversés ou téléchargés sur Internet, échangés entre les utilisateurs sur des plateformes de partage, etc. Pour protéger les œuvres et les prestations protégées par le droit d'auteur contre cette utilisation incontrôlée, des mesures techniques sont mises en place afin d'entraver ou de restreindre les utilisations illicites. Les contrôles d'accès, les dispositifs anticopies ou les solutions de chiffrement en constituent des exemples.

Il est cependant possible de contourner les mesures techniques. Dans ces cas, les titulaires de droits ne sont plus protégés contre l'utilisation incontrôlée de leurs œuvres. C'est pourquoi le Traité de l'OMPI sur le droit

⁶¹ Wirz, Anna-Lena (2019) : Media-Streaming und Geoblocking. Eine urheberrechtliche Analyse der Werkverwertung durch On-Demand-Dienste. 1^{re} éd., Wiesbaden : Springer Fachmedien, p. 180 (avec d'autres références).

⁶² Pour davantage d'informations à ce sujet, voir le point 6.

d'auteur (WCT)⁶³ et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)⁶⁴ engagent les États contractants à protéger les mesures techniques contre le contournement tout en leur laissant la latitude de décider comment ils aménagent la protection dans leur législation nationale.

En vertu de l'art. 6, al. 1, de la directive EUCD, les États membres de l'UE sont tenus de prévoir une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace. Comme toutes les autres, cette directive n'est pas directement applicable dans les États membres. Elle constitue toutefois la base des législations nationales en matière de mesures techniques. C'est pourquoi l'OMET examine, à la lumière de cette directive, si le géoblocage au sein de l'UE constitue une mesure technique protégée contre le contournement.

10.2.1 Les mesures techniques servant à la protection des œuvres et des prestations

À son art. 6, al. 3, la directive EUCD définit une mesure technique comme « [...] toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi [...] ».

Les termes « technologies », « dispositifs » et « composants » couvrent à la fois les logiciels et le matériel (et ses composants)⁶⁵. La finalité d'une mesure technique doit être de protéger les œuvres ou autres objets protégés par le biais, par exemple, de contrôles d'accès ou d'utilisation⁶⁶. Si les titulaires de droits appliquent des mesures techniques dans le but de protéger leurs œuvres ou autres objets protégés, l'objectif est atteint⁶⁷. À l'inverse, s'ils utilisent le géoblocage pour protéger leur modèle commercial, la finalité n'est pas réalisée.

La directive EUCD laisse ouverte la question de savoir si sont protégées uniquement les mesures techniques qui concernent directement les droits d'auteur (tels que le droit d'autoriser ou d'interdire les reproductions ou les communications au public), ou également ceux en relation avec des actes ne relevant pas du droit d'auteur (tels que la pure jouissance des œuvres). Les États membres de l'UE ont choisi des voies différentes pour la mise en œuvre⁶⁸.

Dans leur fonction de preneurs de licences, les services de contenu en ligne sont en règle générale des utilisateurs du blocage géographique. Au sens de la directive, les détenteurs de licences sont également considérés comme des titulaires de droits; ils peuvent donc également invoquer la protection des mesures techniques. Comme expliqué précédemment, il existe plusieurs raisons d'utiliser le blocage géographique⁶⁹ :

- protéger son propre modèle commercial (p. ex. n'opérer que dans les pays germanophones);
- protéger le modèle commercial des auteurs (tels les modèles de financement ou la cascade d'exploitation);
- protéger des œuvres et autres objets protégés contre les utilisations illicites (p. ex. en dehors des territoires pour lesquels une licence a été obtenue).

Dans la mesure où, parmi les raisons pour lesquelles les services de contenu en ligne utilisent le géoblocage, figure au moins aussi la protection des œuvres et autres objets protégés contre les utilisations illicites, il s'agit d'une mesure technique au sens de la directive EUCD.

10.2.2 Efficacité des mesures techniques et de leur contournement

Seules les mesures techniques efficaces sont protégées contre le contournement. L'art. 6, al. 3, de la directive EUCD fournit une description générale des cas dans lesquels une mesure technique est réputée efficace. En particulier, il est crucial qu'elle permette d'atteindre l'objectif de protection, à savoir protéger les œuvres et

⁶³ RS 0.231.151

⁶⁴ RS 0.231.171.1

⁶⁵ Walter, Michel / von Lewinski, Silke (2010) : European Copyright Law, A Commentary. Oxford : OUP, nm. 11.6.3.

⁶⁶ Art. 6, al. 3, directive EUCD.

⁶⁷ Walter, Michel / von Lewinski, Silke (2010) : European Copyright Law, A Commentary. Oxford : OUP, nm. 11.6.3.

⁶⁸ Girsberger, Michael (2007) : Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht. Berne : Stämpfli Verlag, pp. 150 à 156 (avec mention des modèles de mise en œuvre dans les différents États membres de l'UE).

⁶⁹ Pour davantage d'informations à ce sujet, voir le point 7.

autres objets protégés contre les utilisations illicites. Une garantie complète, c'est-à-dire l'impossibilité de contourner une mesure technique, n'est cependant pas requise⁷⁰. Toutefois, si des utilisateurs moyennement expérimentés sont en mesure de contourner la mesure, elle n'est pas considérée comme efficace, l'objectif de protection n'étant pas atteint.

L'OMET a constaté que diverses mesures permettent de contourner le blocage géographique. L'utilisation de réseaux privés virtuels (VPN) semble être particulièrement efficace⁷¹. Un VPN est une sorte de tunnel; il permet aux utilisateurs de l'étranger de « construire » un tunnel vers leur accès Internet à leur domicile. Cela a pour effet que le trafic de données en provenance de l'étranger est acheminé par ce tunnel vers le réseau domestique de l'utilisateur. Celui-ci envoie ensuite les données au service de contenu en ligne concerné. Ce dernier a ainsi l'impression que les utilisateurs surfent sur Internet depuis leur domicile avec une adresse IP suisse; il n'a donc aucune raison de bloquer l'accès aux contenus. Le blocage géographique est dès lors contourné. Les VPN peuvent être utilisés sur des appareils tels que les tablettes ou les téléphones portables au moyen d'applications appropriées. Étant donné que l'efficacité d'une mesure technique est jugée sur la base de l'utilisateur moyen, il convient de se demander si un utilisateur moyennement expérimenté serait capable d'installer ou d'utiliser des options de contournement telles que le VPN.

Internet propose de nombreuses explications sur le contournement du géoblocage. Il n'est cependant pas certain qu'elles soient suffisantes pour un utilisateur moyen. Il est difficile de définir cette notion dans le secteur en ligne, car des groupes de personnes ayant des connaissances techniques différentes naviguent sur la Toile⁷². De ce fait, les avis sur l'efficacité du géoblocage divergent⁷³. Si le blocage géographique est considéré comme une mesure technique inefficace, il n'est pas protégé contre le contournement. Son contournement n'aurait ainsi aucune conséquence du point de vue du droit d'auteur, mais il pourrait en découler des sanctions contractuelles⁷⁴. En revanche, si l'on qualifie le géoblocage de mesure technique efficace, la question se pose de savoir quelles sont les implications en matière de droit d'auteur pour les consommateurs qui le contournent.

10.2.3 Protection

L'art. 6, al. 1, de la directive EUCD exige des États membres qu'ils prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement des mesures techniques efficaces. Cette protection juridique contre le contournement est absolue. Autrement dit, toutes les mesures qui empêchent une utilisation non expressément autorisée par les titulaires de droits sont protégées⁷⁵. La protection juridique est dirigée à l'encontre des personnes qui savent ou ont des raisons valables de penser qu'elles contournent une mesure technique (cf. art. 6, al. 1, directive EUCD). Si le but des sanctions prévues est d'avoir un effet dissuasif, la protection juridique doit néanmoins rester proportionnée⁷⁶. Elle peut être de nature pénale, civile ou administrative⁷⁷.

Les personnes qui contournent activement des mesures de géoblocage savent généralement ce qu'elles font. Un VPN est parfois installé délibérément pour contourner le blocage géographique. Mais il peut y avoir d'autres raisons à l'utilisation d'un VPN; celui-ci permet par exemple de surfer sur Internet en toute sécurité. Lorsqu'un blocage géographique est contourné à dessein dans un cas spécifique, cela peut avoir des conséquences juridiques. Les sanctions imposées peuvent varier selon l'État membre de l'UE dans lequel le contournement a été commis.

⁷⁰ Walter, Michel / von Lewinski, Silke (2010) : *European Copyright Law, A Commentary*. Oxford : OUP, nm. 11.6.5.

⁷¹ Il existe également d'autres solutions de contournement, p. ex. les serveurs Proxy. Cf. à ce propos Theiss, Carlo (2016) : *Geoblocking. Die territoriale Begrenzung audiovisueller Inhalte im Internet*. 1^{re} éd. Munich : GRIN Publishing, pp. 24 à 25; Wirz, Anna-Lena (2019) : *Media-Streaming und Geoblocking. Eine urheberrechtliche Analyse der Werkverwertung durch On-Demand-Dienste*. 1^{re} éd. Wiesbaden^o: Springer Fachmedien, pp. 48 à 49.

⁷² Theiss, Carlo (2016) : *Geoblocking. Die territoriale Begrenzung audiovisueller Inhalte im Internet*. 1^{re} éd. Munich : GRIN Publishing, p. 36.

⁷³ En faveur de l'efficacité : cf. p. ex. Wirz, Anna-Lena (2019) : *Media-Streaming und Geoblocking. Eine urheberrechtliche Analyse der Werkverwertung durch On-Demand-Dienste*. 1^{re} éd. Wiesbaden : Springer Fachmedien, pp. 188 à 189 (malgré la référence au fait que l'utilisation des mesures de contournement ne posait aucun problème aux profanes). En défaveur de l'efficacité : voir p. ex. Theiss, Carlo (2016) : *Geoblocking. Die territoriale Begrenzung audiovisueller Inhalte im Internet*. 1^{re} éd. Munich : GRIN Publishing, p. 38.

⁷⁴ Pour davantage d'informations à ce sujet, voir le point 10.3.

⁷⁵ Girsberger, Michael (2007) : *Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht*. Berne : Stämpfli Verlag, p. 150.

⁷⁶ Art. 8, al. 1, directive EUCD.

⁷⁷ Directive EUCD, consid. 48, p. 14.

10.2.4 Relation avec les restrictions au droit d'auteur

Le droit d'auteur n'est pas absolu; la loi autorise certaines utilisations qui limitent les prérogatives conférées aux titulaires (ce qu'on appelle les restrictions au droit d'auteur). Il est par conséquent imaginable que la protection absolue contre le contournement des mesures techniques entrave également des actes autorisés en vertu d'une restriction au droit d'auteur. La question se pose donc de savoir si les mesures techniques de protection s'appliquent également dans le cadre d'une utilisation conforme aux exceptions au droit d'auteur et si les personnes qui les contournent à cette fin doivent être menacées de sanctions⁷⁸.

En vertu de l'art. 6, al. 4, de la directive EUCD, certaines restrictions peuvent également être appliquées en lien avec des mesures techniques⁷⁹. Les États membres devraient toutefois d'abord encourager les titulaires de droits à renoncer volontairement à l'utilisation de mesures techniques dans le domaine des exceptions au droit d'auteur ou à convenir de « mesures volontaires » avec les bénéficiaires. La directive ne précise pas le contenu de ces mesures. En l'absence de mesures volontaires, les États membres doivent prendre des mesures appropriées⁸⁰.

Dans les situations qui font l'objet de ce rapport, cela pourrait concerner l'autorisation de faire des copies à usage privé (restriction du droit d'auteur en faveur de l'usage à des fins privées), c'est-à-dire l'autorisation de copier un film pour soi-même, par exemple, pour le visionner ensuite. Cette restriction ne figure toutefois pas dans les limitations prévues à l'art. 6, al. 4, de la directive EUCD. Par conséquent, les États membres ne sont pas tenus de prendre des mesures pour permettre la copie privée. Il n'est pas non plus certain qu'un droit à accéder à une œuvre puisse être déduit de l'autorisation de faire une copie privée; les utilisateurs ont certes, dans certaines circonstances, le droit de copier un film, mais ils ne peuvent pas prétendre à un accès libre à ce film pour pouvoir le copier. Enfin, l'art. 6, al. 4, de la directive EUCD exclut le secteur en ligne du champ d'application des mesures que peuvent prendre les États membres. Ainsi, dans le cas des offres à la demande, par exemple, les accords contractuels prévalent sur les dispositions relatives aux exceptions⁸¹.

Il se peut dès lors que les consommateurs de services de contenu en ligne ne soient pas autorisés à contourner des mesures techniques alors même qu'ils pourraient invoquer l'autorisation de copie privée. Ils sont par conséquent tributaires des mesures volontaires des titulaires de droits leur permettant de faire des copies privées.

10.3 Aspects contractuels

La possibilité pour les services de contenu en ligne de faire valoir des droits contractuels lorsque leurs clients contournent le blocage géographique dépend du contrat d'utilisation. En règle générale, ce dernier interdit à la clientèle de contourner les mesures techniques, de dissimuler sa localisation effective (adresse IP) ou d'utiliser l'offre en dehors du territoire contractuel. Ces interdictions figurent généralement dans les conditions générales ou dans les conditions d'utilisation des services de contenu en ligne⁸². Dans ces cas aussi, les clients doivent faire face, en cas d'infraction, à des conséquences juridiques⁸³. Celles-ci dépendent des accords spécifiques. Pour l'appréciation, il est par exemple nécessaire de savoir si une loi d'application a été désignée dans les accords respectifs⁸⁴. En l'absence d'un tel choix, les règles du droit international privé déterminent quel droit national est applicable au cas d'espèce. Les conséquences de la violation de contrat peuvent varier en fonction du droit national. Selon les circonstances, des prétentions en dommages et intérêts sont concevables. De nombreux services de contenu en ligne prévoient en outre une résiliation immédiate du contrat en cas d'infraction.

10.4 Conclusion

Lorsque des consommateurs contournent des mesures de géoblocage pour accéder à leurs services de contenu en ligne aussi à l'étranger, ils entrent dans une zone grise juridique (aucun arrêt n'a été rendu par les juges

⁷⁸ Von Lewinski, Silke / Walter, Michel (2001), in°: Walter, Michel (éd.)°: *Europäisches Urheberrecht. Kommentar*. Vienne°: Springer, p. 1104.

⁷⁹ Girsberger, Michael (2007)°: *Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht*. Berne : Stämpfli Verlag, p. 158.

⁸⁰ Cf. Directive EUCD, consid. 51, p. 14; Girsberger, Michael (2007)°: *Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht*. Berne : Stämpfli Verlag, p. 159.

⁸¹ Girsberger, Michael (2007)°: *Schutz von technischen Massnahmen im Urheberrecht*. Berne°: Stämpfli Verlag, p. 163.

⁸² Les conditions d'utilisation d'Amazon Prime Video (ch. 3 et 4(k)) et de Netflix Switzerland (ch. 4.6) et les conditions générales de Sky Switzerland SA (ch. 3.3) et de Zattoo (ch. 4.2) en sont des exemples.

⁸³ Wirz, Anna-Lena (2019)°: *Media-Streaming und Geoblocking. Eine urheberrechtliche Analyse der Werkverwertung durch On-Demand-Dienste*. 1^{re} édition Wiesbaden°: Springer Fachmedien, pp. 217 à 218.

⁸⁴ Le choix du droit néerlandais dans les conditions d'utilisation de Netflix Suisse (ch. 6.1) en est un exemple.

suprêmes sur la question de savoir si le contournement est autorisé ou non). L'OMET n'est certes pas en mesure de trancher de manière définitive sur la question de savoir si le géoblocage est une mesure technique efficace et donc protégée. Il n'est cependant pas exclu que le contournement du blocage géographique puisse être considéré comme une atteinte au droit d'auteur. L'évaluation du cas d'espèce est généralement effectuée selon le droit étranger, puisque le contournement a lieu à l'étranger. Au sein de l'UE, une appréciation concrète sera fonction de la législation de l'État membre dans lequel les titulaires de droits demandent une protection. Les éventuelles sanctions découlent également de la législation du pays respectif.

En même temps, le contournement du géoblocage constitue souvent une violation des accords contractuels avec les services de contenu en ligne. Les conséquences juridiques concrètes dépendent du contrat et du droit qui lui est applicable.

De manière générale, on peut donc dire que le contournement des mesures de blocage géographique est susceptible d'avoir des conséquences juridiques pour les consommateurs suisses.

11 Appréciation finale

Dans son enquête, l'OMET a constaté que l'utilisation du géoblocage peut être justifiée du point de vue des titulaires de droits et des services de contenu en ligne. L'octroi de licences territoriales exclusives dans l'industrie cinématographique permet non seulement le financement de productions de films, mais aussi l'adaptation des modèles commerciaux des services de contenu en ligne aux besoins de leur clientèle. L'abandon ou l'assouplissement du blocage géographique et les modifications des modèles de licence qui en découleraient auraient probablement des conséquences négatives pour l'industrie cinématographique vu les difficultés de financement ou d'amortissement des coûts de production. Dans le même temps, les changements de modèles de licence seraient susceptibles d'entraîner une augmentation des prix qui serait probablement répercutée sur les consommateurs. Compte tenu de la courte durée pendant laquelle il est possible d'exploiter les droits et de la relative rareté de l'offre, l'octroi de licences exclusives est important également dans le secteur du sport. Il est essentiel que les détenteurs de licences puissent effectivement, sur leur territoire, exercer de manière exclusive les droits de retransmission acquis sur les événements sportifs afin de récupérer les investissements réalisés. Dans ce cas, cependant, les coûts des licences exclusives sont susceptibles de conduire tendanciellement à une hausse des prix de l'offre.

Dans l'UE, le règlement relatif à la portabilité transfrontalière et la directive « SatCab » traitent de l'impact des licences territoriales et de la protection de ces licences par le géoblocage sur le marché intérieur. L'aménagement de ces instruments reflète un équilibre prudent entre les préoccupations légitimes poursuivies par l'utilisation de licences territoriales et les libertés fondamentales de l'UE en ce qui concerne la circulation des personnes et des services. C'est pourquoi l'UE n'accorde pas un accès complet, que ce soit en termes de contenu ou de couverture géographique : la directive « SatCab » s'applique exclusivement aux programmes d'information et d'actualités et aux productions originales entièrement financées par les organismes de radiodiffusion; le règlement relatif à la portabilité transfrontalière n'est contraignant que pour les offres que les services de contenu en ligne mettent à disposition contre paiement.

On peut supposer que les consommateurs suisses souhaitent également avoir accès à leurs films, séries, programmes d'information et d'actualités ou émissions sportives habituels lorsqu'ils séjournent à l'étranger. Ils ne bénéficient toutefois pas des mesures mises en place à l'échelle européenne, car ces dernières servent à la réalisation du marché intérieur de l'UE. Lorsqu'ils voyagent dans d'autres pays européens, ils sont donc confrontés au blocage géographique. Toutefois, il s'est avéré que peu de consommateurs s'adressent aux organisations de protection des consommateurs pour des questions de portabilité, ce qui est probablement dû au fait que les services de contenu en ligne tentent généralement de répondre à leurs besoins en leur proposant des fonctions de téléchargement, d'enregistrement ou des offres régionales. De plus, un grand nombre de productions originales des services de contenu en ligne (même si pas toutes) sont accessibles par-delà les frontières.

La Suisse ne peut pas prendre de mesures comparables à celles de l'UE. En fin de compte, l'adoption de mesures unilatérales, c'est-à-dire purement suisses, ne permet pas non plus d'atteindre l'objectif souhaité. En raison du principe de territorialité, notre pays ne peut régler la situation juridique que sur son propre territoire. C'est pourquoi, même s'il existait une réglementation (purement) suisse, les services de contenu en ligne pourraient toujours être poursuivis pour violation du géoblocage en vertu de règles étrangères. Une réglementation purement helvétique n'offrirait par conséquent aucune sécurité juridique. Un règlement comparable au règlement relatif à la portabilité transfrontalière nécessiterait donc des négociations bilatérales ou multilatérales. Il conviendrait d'examiner au préalable si la Suisse est intéressée par de tels accords, ce également dans le cadre de l'ensemble des relations entre la Suisse et l'UE et de la stratégie européenne du Conseil fédéral.

L'UE a eu recours à une astuce dans le règlement relatif à la portabilité transfrontalière en définissant une fiction selon laquelle l'acte relevant du droit d'auteur est réputé avoir lieu dans l'État membre de résidence lorsqu'il est commis par des abonnés résidant temporairement dans un autre État membre de l'UE. Cette situation pourrait certes être réglée par contrat. Cependant, pour augmenter la sécurité juridique notamment, l'UE a considéré qu'il fallait « [...] garantir une application uniforme des règles relatives à la portabilité transfrontalière dans tous les États membres et leur entrée en vigueur simultanée pour tous les services de contenu en ligne. [...] ».⁸⁵ Elle a donc estimé qu'il était approprié d'édicter un règlement supranational (directement applicable dans les États membres).

La Suisse n'est pas exposée au risque d'une insécurité juridique liée à une fragmentation du droit. L'adaptation ponctuelle de lois aurait un impact uniquement au niveau national, puisque la Suisse légifère uniquement sur son propre territoire. À l'intérieur de la Suisse, la portabilité des contenus en ligne est déjà garantie. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une harmonisation globale; le problème de la portabilité devrait pouvoir être résolu au niveau contractuel.

Le droit suisse ne fait en tous les cas pas obstacle à une solution contractuelle entre les titulaires de droits et les services de contenu en ligne accordant un accès transfrontalier temporaire à des contenus en ligne. Une telle solution permettrait d'assouplir le géoblocage et de prendre en compte, de manière équitable, les intérêts des titulaires de droits, des services de contenu en ligne et des consommateurs.

⁸⁵ Règlement relatif à la portabilité transfrontalière, consid. 35, p. 7.